Master 2 Juriste d'affaires – Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Mémoire

Le statut de « cadre dirigeant » en France et en Italie. Approche comparée.

Par Roussel-Vitella Catherine

Dirigé par Moreau Florelle, Maître de conférences à l'Université d'Orléans

Année Universitaire 2019-2020

Remerciements

Je tiens tout d'abord à remercier Madame Florelle Moreau, Maître de conférences à l'Université d'Orléans pour ses précieux conseils, ses pistes de réflexion et la relecture de ce travail.

Je remercie également Madame Chantal Donzel, Maître de conférences à L'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et directrice adjointe du Cavej pour sa patience en cette année si particulière.

Je remercie chaleureusement Maître Angelo Quarto, associé du cabinet d'avocats Lablaw de Milan, spécialisé en droit social, qui m'a suivie avec bienveillance tout au long de cette année dans le cadre d'un programme de Mentoring organisé par la Chambre de commerce française de Milan et qui m'a été d'une aide précieuse pour la partie italienne de ce mémoire.

Je remercie enfin ma famille : mon père, Michel Roussel, qui s'est prêté à la relecture, ainsi que mon mari, Andrea, et mes enfants qui m'ont « supportée » tout au long de ma reprise d'études. J'espère notamment que Filippo et Clotilde trouveront, quand ils seront grands, un sens à l'expérience de leur maman.

SOMMAIRE

INTRODUCTION 1

PREMIERE PARTIE : LES PARTICULARITES DU STATUT DE DU CADRE DIRIGEANT ET DU DIRIGENTE LORS DE LA FORMATION DU CONTRAT DE TRAVAIL 14

I) UN STATUT GARANTISSANT PLUS D'AVANTAGES FINANCIERS ET EN NATURE AU SALARIE 16
A) Les avantages pour le salarié liés au statut de cadre dirigeant 16
B) des avantages liés au statut de cadre dirigeant pas toujours justifiés 23
II) UN STATUT IMPOSANT PLUS DE CONTRAINTES AU SALARIE 33
A) Les cadres dirigeants à la merci de contrats atypiques et de clauses contractuelles sévères..... 33
B) L'exécution du contrat de travail des cadres dirigeants : Le régime particulier de la durée du travail 42

DEUXIEME PARTIE : LES PARTICULARITES LIEES A LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL DU CADRE DIRIGEANT ET DU *DIRIGENTE* 50

I – LA RUPTURE A L'INITIATIVE DU SALARIE EN FRANCE 51
A) La rupture conventionnelle 52
B) La prise d'acte ou la rupture judiciaire 54
II) LA RUPTURE A L'INITIATIVE DE L'EMPLOYEUR 57
A) Le licenciement individuel des cadres dirigeants, très souple en Italie et source de contentieux en France 57
B) Le licenciement collectif 81

CONCLUSION 87

BIBLIOGRAPHIE 89

INTRODUCTION

« Qui trop embrasse la catégorie des cadres dirigeants mal étreint ce statut d'exception... Attention danger ! »[1]

Le cadre représente l'une des quatre catégories socioprofessionnelles avec les ouvriers, les employés, les techniciens et les agents de maîtrise.

i) Origine de la notion

La définition du statut de « cadre » s'est affinée au fil du temps. Selon Luc Boltanski le terme de cadre est issu du langage militaire, désignant à la base l'ensemble des officiers et sous-officiers[2]. Le terme a été repris en France dans les années 1930 pour l'appliquer notamment aux ingénieurs, techniciens et employés « supérieurs » (l'idée étant de marquer une différence entre la catégorie des ouvriers et celle du patronat).

La première reconnaissance officielle arrive avec la Charte du Travail, sous le gouvernement de Vichy, identifiant une « armature à laquelle des fractions diverses sont venues s'agréger pour constituer un ensemble objectivement hétérogène mais suffisamment unifié symboliquement pour imposer la croyance dans son existence en tant que groupe social spécifique et nouveau »[3].

En 1945, les comités d'entreprise font leur apparition dans les entreprises de plus de 50 salariés. Les délégués du personnel sont élus selon trois « collèges » : les ouvriers, les ETAM (employés, techniciens et agents de maitrise), et les cadres.

Il faut ensuite attendre 1946 et l'arrêté Parodi-Croizat pour avoir une définition de la qualification de cadre. Les cadres sont ainsi des : « agents possédant une formation technique, administrative, juridique, commerciale ou financière et exerçant, par délégation de l'employeur, un commandement sur les collaborateurs de toute nature : ouvriers, employés, techniciens, agents de maîtrise, ingénieurs, collaborateurs

[1] Ayache-Revah, Isabelle. *Cadre dirigeant : un statut à risques*. Les Cahiers du DRH, N° 203, 1er novembre 2013

[2] Mispelblom Beyer, Frederik. *Encadrer, un métier impossible ?* 3e édition. Paris : Armand Colin, avril 2015

[3] Boltanski, Luc. *L'univers politique des classes moyennes*. Paris : Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1983

administratifs ou commerciaux ». Cette définition sera reprise deux ans plus tard, dans l'accord national interprofessionnel du 14 mai 1947 qui précise que pour accéder au statut de cadre il convient de remplir l'un des critères suivants :

- « avoir une formation technique, administrative ou commerciale équivalente à celle des cadres de l'entreprise (ou à défaut de cadre dans l'entreprise, équivalente à celle des cadres de la profession) et exercer des fonctions requérant la mise en œuvre des connaissances acquises ;
- exercer par délégation de l'employeur un commandement sur d'autres représentants ;
- exercer des fonctions impliquant initiative, responsabilité, et pouvoir être considérés comme ayant délégation de l'autorité du chef d'entreprise.[4] »

Cependant l'Accord national interprofessionnel du 28 février 2020 portant diverses orientations pour les cadres a donné une définition nationale au personnel d'encadrement qui présente désormais les caractéristiques suivantes[5] :

- « il nécessite une aptitude à des fonctions à caractère intellectuel prédominant, comportant l'application à un haut degré des facultés de jugement résultant de connaissances, savoirs et savoir-faire, théoriques, techniques ou professionnels constatés :
  - soit par un diplôme ou une certification d'enseignement supérieur ;
  - soit à travers une expérience reconnue, acquise au fil du parcours professionnel et/ou par la formation professionnelle ;
- - il implique des fonctions conditionnant ou induisant la réflexion et/ou l'action d'autres salariés et, par la même, influant significativement dans les domaines économiques, sociaux, sociétaux et/ou environnementaux ;
- - il confère à son titulaire une marge suffisante d'initiative et/ou d'autonomie dont l'amplitude dépend des responsabilités et/ou de la délégation de pouvoir qui lui sont confiées ;

[4] Convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 et délibérations prises pour son application (http://www.agirc.fr/fileadmin/agircarrco/documents/conventions_accords/CCN_14mars1947.pdf) 25/04/2020

[5] Accord national interprofessionnel du 28 février 2020 portant diverses orientations pour les cadres (https://web.lexisnexis.fr/LexisActu/ani-28-fevrier-2020.pdf) 25/04/2020

- il confère à son titulaire une responsabilité effective contribuant à la marche et au développement de l'entreprise :
    - soit d'animation, de coordination ou d'encadrement d'un groupe plus ou moins important de salariés ;
    - soit d'études, de recherches, de conception ou d'autres activités ».

ii) Naissance et définition du statut de cadre dirigeant

Entre-temps, la population des cadres va être segmentée[6], avec l'entrée en vigueur de la Loi Aubry II du 19 janvier 2000[7]. Trois catégories vont être créées et, aux côtés des « cadres autonomes »[8] et des « cadres intégrés à une collectivité de travail »[9], la catégorie des « cadres dirigeants » va voir le jour en droit français, sous l'impulsion du droit communautaire (article 17-1 de la directive européenne du 23 novembre 1993) et de la jurisprudence de la Cour de cassation[10].

Relèvent ainsi de cette catégorie les cadres supérieurs disposant d'une grande indépendance dans l'organisation de leurs horaires, habilités à prendre des décisions de façon autonome et dont le niveau élevé de responsabilité et d'autorité est attesté par l'importance des fonctions et de la rémunération, parmi les plus élevées de leur entreprise. Il est précisé que ces trois critères doivent être cumulés. Cette définition a été consacrée par Le Code du travail sous l'article L. 212-15-1 (aujourd'hui devenu l'article L. 3111-2 du Code du travail). Celui-ci dispose que « **Sont considérés comme ayant la qualité de cadre dirigeant les cadres auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans l'entreprise ou leur établissement** ».

[6] Dietrich, Anne. *Cadres : la grande rupture*. La Découverte, 2001, pages 143 à 155
[7] Jolivet, Gilles. Avocat associé, Baker McKenzie. Le cadre à l'épreuve de la troisième révolution industrielle. JCP / LA SEMAINE JURIDIQUE – ÉDITION SOCIALE N° 50. 19 DÉCEMBRE 2017
[8] Ni cadres dirigeants, ni cadres intégrés à une collectivité de travail, la règlementation sur la durée du travail ne s'applique pas à eux s'ils sont rémunérés au forfait jours (sauf à respecter l'obligation de repos quotidien et de repos hebdomadaire)
[9] Ils suivent sensiblement l'horaire de travail en vigueur dans l'entreprise
[10] Dodet, Axelle, sous la direction de M. J-Y KERBOURC'H, *La rémunération des cadres dirigeants de société*, Mémoire Master 2 Recherche Droit Social, Faculté de droit de NANTES

Selon le Vocabulaire juridique de Gérard Cornu[11], le cadre est considéré comme un « salarié occupant un poste de responsabilité et chargé de mettre en œuvre, dans son service, la politique générale arrêtée par la direction. On distingue les cadres subalternes et les cadres supérieurs, y compris les cadres de direction ». Il est précisé que tous les cadres supérieurs (qui ne sont pas visés par la loi) ne sont pas nécessairement des cadres dirigeants. Ainsi, il ne suffit pas de disposer d'une grande autonomie dans l'organisation de son travail, d'atteindre un haut niveau de responsabilité et d'être classé au coefficient le plus élevé de la convention collective de l'entreprise[12].
De même tous les cadres de direction ne sont pas cadres dirigeants[13].

La définition du code du travail dégage ainsi trois critères cumulatifs[14] aux contours flous, qui sont donc précisés par la jurisprudence et qui sont strictement interprétés, *in concreto*[15], les juges ayant la liberté de s'affranchir des qualifications données par les parties pour décider si un salarié a ou n'a pas ce statut.

La Cour de cassation ajoute un quatrième critère (qui découle en réalité des trois autres) qui est celui de la participation du salarié à la direction de l'entreprise[16]

À noter que la Loi Aubry II suit la Loi Aubry I du 13 juin 1998 ayant fixé la durée du travail à 35 heures hebdomadaires et que les cadres dirigeants ont été exclus des dispositions du Code du travail portant sur la durée du travail, le travail de nuit, le repos quotidien, le repos hebdomadaire et les jours fériés. Ils sont en revanche concernés par les dispositions relatives aux congés annuels, aux congés non rémunérés et aux principes généraux de prévention en matière d'hygiène, de sécurité et de conditions de travail.

iii) Contentieux lié au statut de cadre dirigeant

Le statut de cadre dirigeant a ainsi donné lieu à un contentieux abondant, certains salariés remettant en cause la qualification au moment de leur licenciement en vue de se voir

[11] Cornu, Gérard. Vocabulaire juridique. 13e édition. Presses Universitaires de France - P.U.F., 2020
[12] Cass. soc., 31 janv. 2012, no 10-24.412
[13] Cour d'Appel de rennes, 7eme chambre prud'hommes, arrêt du 29 mars 2017, répertoire général nº 14/03502
[14] Cass. soc. 18/06/2008, n°07-40427
[15] Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 23 novembre 2010, 09-41.552, Inédit
[16] Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 31 janvier 2012, 10-24.412, Publié au bulletin

appliquer les règles protectrices du droit du travail. Or, les conséquences peuvent être très couteuses pour l'employeur puisque le salarié peut demander le paiement de l'intégralité des heures supplémentaires dont il peut justifier l'existence (le délai de prescription étant désormais de trois ans)[17].

Par exemple et pêle-mêle le statut de cadre dirigeant n'a pas été reconnu[18] :

- Au Directeur d'une concession automobile, car « il n'était établi ni que la rémunération du salarié se situait dans les niveaux les plus élevés du système de rémunération pratiqué dans l'entreprise ni qu'il participait à la direction de l'entreprise »[19] ;
- Au Chef de service magasin d'une enseigne d'ameublement car il « ne participait pas à la stratégie de l'entreprise et ni aux instances dirigeantes de la société »[20] ;

La Cour de cassation en revanche reconnu la qualité de cadre dirigeant à l'égard :

- Du Directeur général d'une société car « son salaire mensuel le plaçait dans les trois plus hautes rémunérations du groupe, qu'il résultait de sa fiche de description de poste qu'il bénéficiait d'une indépendance dans l'organisation de son travail et était habilité, en qualité de fondé de pouvoir, à prendre des décisions de façon largement autonome »[21] ;

- Du Directeur d'un magasin du groupe Auchan car il « présidait le comité de direction du magasin, le comité d'établissement et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, qu'il bénéficiait d'une très large délégation de pouvoir dans tous les secteurs, notamment la gestion de la conclusion, l'exécution et la rupture des contrats de travail, qu'il participait à la définition de la politique de l'entreprise et siégeait au conseil de surveillance de Val Auchan, qu'il pouvait engager seul des dépenses dans la limite de 100 000 euros et engager des dépenses dans la limite de 200 000 euros en accord avec le contrôleur de gestion, qu'il bénéficiait d'une totale indépendance dans l'organisation de son emploi du temps et percevait une

[17] C. trav., art. L. 3245-1

[18] Chhum, Frédéric, Avocat, et Marilou Ollivier, Elève-avocat. Droit des cadres dirigeants : panorama de la jurisprudence 2016/2017. Village de la Justice.com (https://www.village-justice.com/articles/Droit-des-cadres-dirigeants-panorama-jurisprudence-2016-2017,25525.html), consulté le 15/04/2020

[19] Cass. Soc. 27 janv. 2016, n°13-26251

[20] Cass. Soc. 15 juin 2016, n°15-12894

[21] Cass. Soc. 28 sept. 2016, n°15-10736

rémunération forfaitaire sans référence à un nombre de jours ou d'heures travaillées »[22] ;

La Loi Aubry I découle elle aussi de la Directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail qui dispose en son article 17.1 de, celui-ci dispose en sa version française que « les États membres peuvent déroger aux articles 3, 4, 5, 6, 8 et 16 lorsque la durée du temps de travail, en raison des caractéristiques particulières de l'activité exercée, n'est pas mesurée et/ou prédéterminée ou peut être déterminée par les travailleurs eux-mêmes, et notamment lorsqu'il s'agit:
a) de **cadres dirigeants ou d'autres personnes ayant un pouvoir de décision autonome** ; »

Il est intéressant de remarquer que la traduction italienne de « cadre dirigeant » au sens de cette directive est « *dirigente* ». L'alinéa ci-dessus présente la traduction italienne suivante : « a) <u>di dirigenti</u> o di altre persone aventi potere di decisione autonomo »

iv Le cadre dirigeant italien

En Italie, les « *dirigenti* » sont l'une de quatre catégories de salariés définis par l'article. 2095 du code civil, les trois autres étant les « *operai* » (ouvriers), les « *impiegati* » (employés), et les « *quadri* » (cadres).[23]
Nous noterons toute de suite que *quadri* et *dirigenti* relèvent de deux catégories distinctes. Selon le dictionnaire juridique Brocardi, le statut de *dirigente* est attribué aux salariés exerçant des fonctions associées à un degré élevé de compétences professionnelles. Le *dirigente* possède un pouvoir de décision qu'il a la possibilité d'exercer de façon largement autonome, pour réaliser les objectifs de l'entreprise (cette définition a donc été forgée par la jurisprudence et les conventions collectives)[24].

[22] Cass. Soc. 8 mars 2017, n°15-24117
[23] Scalise, Emilia, Consulente del Lavoro, *IL DIRIGENTE: tra normativa e giurisprudenza*. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina. Marzo 2018
[24] Dictionnaire juridique en ligne Brocardi.it (https://www.brocardi.it/dizionario/2449.html), consulté le (25/06/2020)

Quelques chiffres sur les cadres dirigeants en France et en Italie

En 2018 il y avait environ 4,3 millions de cadres soit 16.7% de la population active française[25]. L'APEC estime que 5 % des cadres sont des cadres dirigeants, soit 215 000 personnes environ.
En Italie en 2018 sur 8.729.609 salariés 55,6 % sont des ouvriers, 36,6% des employés, 3,8 % des apprentis, 3,0 % des cadres et 0,8 % des *dirigenti* (soit environ 70 000)[26].

Il y aurait donc beaucoup plus de cadres en France qu'en Italie et plus de cadres dirigeants aussi.
Cependant les deux pays ont aussi des cultures différentes. En France, en général le statut suit le niveau d'études du salarié. De nombreux diplômés sont cadres dès leur premier emploi. En Italie, ce n'est pas le cas, le statut s'acquiert avec l'expérience. On accède à une position de *dirigente* généralement tard (souvent après 50 ans).
Il est également intéressant de remarquer qu'en Italie, où le taux de diplômés est très bas par rapport aux autres pays européens (environ 25 %), ce taux n'augmente pas parmi la catégorie des dirigenti[27].

v) L'histoire du cadre dirigeant en Italie

Le statut italien de *dirigente* est plus ancien que celui de *quadro.*
À titre liminaire, il convient de préciser que le premier code civil italien (de dérivation française) remonte à 1865, soit quatre ans seulement après l'Unité italienne. Celui-ci ne contenait aucune règle sur le contrat de travail[28].
C'est le code de commerce, créé en 1882 qui a, le premier, fait référence au *dirigente* (en parlant alors de directeurs techniques et administratifs de l'entreprise, et les plaçant du côté du chef d'entreprise.

[25] Nalliat, Reid, chef de rubrique, Cadre Dirigeant Magazine, *4,3 millions de cadres en France*. Paris, 31 juillet 2018 (https://www.cadre-dirigeant-magazine.com/manager/cadre-france/), consulté le 02/07/2020
[26] Italia Oggi, Quotidiano economico, giuridico e politico. *Sono 15,7 milioni i dipendenti nel settore privato, 3,3 milioni nel pubblico*, 14/11/2019, consulté le 02/07/2020
[27] Rosti, Luisa. *Italia, un'economia in mano a dirigenti senza laurea*. Il Sole 24 Ore, 25 Febbraio 2019, consulté le 02/07/2020
[28] Diotallevi, Carla. *Il licenziamento dei dirigenti privati e pubblici*. Edizioni Univ. Romane, 2010, pages 18 à 35

Un décret royal de 1926 dispose que les directeurs techniques et administratifs (et assimilés) doivent créer des groupes syndicaux distincts des autres catégories de travailleurs.

La jurisprudence a ensuite précisé les contours de ces directeurs en indiquant que dans le cadre de leur activité ils ont le même pouvoir de décision que l'employeur[29]. Ils étaient en quelques sortes les remplaçants de ce dernier et placés sur le même plan. La jurisprudence exigera plus tard qu'ils soient « *l'alter ego* » du chef d'entreprise. Ils devaient être investis d'une liberté d'initiative et d'une certaine autonomie, sans avoir besoin de demander des instructions[30].

La notion de « *dirigente amministrativo e tecnico* » est formellement consacrée en 1942 lors de la refonte du code civil qui crée cette catégorie aux côtés de celles de l'ouvrier et de l'employé à l'article 2095. Ces catégories étaient à l'époque pensées pour être étanches, sans possibilité de passage de l'une à l'autre. Ledit article ne pose pas de définition, laissant le soin aux « règles corporatives » (l'équivalent des conventions collectives sous le régime fasciste) auquel le code renvoyait d'y pourvoir. Suite à l'abandon des règles corporatives en 1944[31], la négociation collective prend le relais, avec la jurisprudence qui pose sa propre définition du *dirigente* (en vue de combler les lacunes de la définition prévues par les partenaires sociaux) en le plaçant comme l'alter ego de l'employeur[32], muni d'une délégation des pouvoirs de ce dernier[33].

En réalité, eux courants jurisprudentiels coexistaient :
D'un côté à partir de la moitié des années 1950, la plupart des juges se montraient ouverts à l'extension du statut vers le haut (en acceptant le cumul administrateur – salarié) comme vers le bas (reconnaissant le statut à des employés qui n'avaient pas nécessairement un fort pouvoir hiérarchique au sein de la société (« *low management* »). Il était en effet reproché un manque de souplesse à la négociation collective.

[29] Cass. 4 décembre 1934 n° 3467
[30] Cass. 12 avril 1939 n° 1185
[31] r.d.l. 9 agosto 1943, n. 721
[32] En droit français on dit parfois que le cadre dirigeant est assimilable à l'employeur (Karine Le Petitcorps, Les règles relatives à la durée du travail s'appliquent-elles aux cadres dirigeants ?. Droit du travail au quotidien, Mis à jour 10/2019). Ou encore, Selon le rapporteur à l'Assemblée nationale, les cadres dirigeants sont des « salariés qui ont un rôle de quasi-employeur »
[33] Entre autres Cass. 10 novembre 1987 n° 8283

Une autre partie de la jurisprudence refusait en revanche d'accorder le statut au *low management* à défaut d'accord entre les parties (à savoir lorsque la demande provenait du salarié et que l'employeur s'y opposait).

La jurisprudence met fin, dans les années 1970 aux « clauses de reconnaissance formelles » issues de la négociation collective. Il s'agissait de stipulations selon lesquelles la reconnaissance du statut de *dirigente* était subordonnée à l'attribution formelle par l'employeur, indépendamment des critères de fond s'y rattachant[34] (à l'instar de la jurisprudence française qui s'affranchit de la qualification donnée par les parties)[35].

Sous cette impulsion, la catégorie des « *quadri* » (cadres) a été créée en 1985 par la loi n° 190. L'article 2095 du code civil est alors complété et la catégorie du « *dirigente amministrativo e tecnico* » devient tout simplement « *dirigente* ». Relèvent de cette catégorie les salariés qui, n'ayant pas le statut de *dirigenti*, exercent des fonctions d'une importance significative pour le développement et la réalisation des objectifs de l'entreprise. Dans ce cas aussi, les critères d'appartenance à cette catégorie sont fixés par la négociation collective nationale ou d'entreprise, en fonction des différentes branches.

v) Brève comparaison des deux modèles

Ce rappel historique fait, il convient de préciser que le *dirigente* est mieux traité, sous de nombreux aspects, que les autres catégories de salariés (la négociation collective leur réserve traditionnellement des conditions plus favorables au niveau de la rémunération, du préavis, et de la retraite). En revanche, à l'instar des cadres dirigeants français ils sont exclus de l'application de certaines règles protectrices sur la durée du travail[36].
Contrairement à leurs « cousins », il existe des différences au niveau de la conclusion des contrats à durée déterminée (jusqu'à cinq ans et renouvelables presque indéfiniment), de la période d'essai maximale (jusqu'à 6 mois) et de la durée maximale de la clause de non-concurrence est (jusqu'à 5 ans alors qu'elle est de trois ans pour les autres salariés). Mais surtout, le *dirigente* peut être licencié *ad nutum* (à l'instar des dirigeants de SA en droit

[34] La jurisprudence italienne retient principalement deux éléments comme caractéristiques du statut de *dirigente* : la nature des attributions confiées et le degré d'autonomie ou pouvoir discrétionnaire selon lesquels les fonctions sont exercées.
[35] Mazzotta, Oronzo. Diritto del lavoro. Giuffrè, 2019, page 428
[36] Mais en Italie, les cadres aussi sont exclus des règles sur la durée du travail

français) ou avec juste motif (principe de *giustificatezza*[37]) si leur convention collective le prévoit[38]. Ils ne bénéficient pas de la protection accordée aux autres salariés en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse[39].

La protection prévue par les conventions collectives demeure cependant indemnitaire (aucune réintégration n'est en principe prévue dans la société). Le licenciement prononcé à l'encontre d'un *dirigente* sera donc pratiquement toujours valable, même dans l'hypothèse où il serait jugé totalement injustifié, sauf cas particulier du *pseudo-dirigente* (qui ne répond pas aux critères jurisprudentiels prévus : large autonomie et pouvoir de décision).
Ainsi, le licenciement, dans le cas particulier du *dirigente*, ne sera donc pratiquement jamais frappé de nullité, comme cela pourrait au contraire être le cas en France, sauf dans de très rares cas s'il a lieu dans des conditions abusives (par exemple discriminatoires ou s'il s'agit d'un acte de représailles à l'encontre du salarié[40]).

En revanche, si la convention collective le prévoit, en cas de licenciement injustifié, le *dirigente* pourra prétendre à une indemnité (« *indennità supplementare* ») qui s'ajoute à l'indemnité de préavis, variant de 6 à 24 mois de salaire en fonction de l'ancienneté et de l'âge du salarié concerné.

D'un côté, pendant l'exécution du contrat, le statut français de cadre dirigeant semble particulièrement favorable à l'employeur qui n'est ainsi pas tenu de rémunérer les heures supplémentaires effectuées par son salarié. L'employeur a donc une visibilité sur le coût du travail du salarié. La situation de ce point de vue est plus ou moins la même en Italie qu'en France.

Cependant, et par ailleurs, la notion française de cadre dirigeant est floue à plusieurs égards, à commencer par la définition même posée par le code du travail. Elle est ainsi source d'un abondant contentieux, qui peut se révéler particulièrement onéreux pour

[37] Parolin, Chiara. *Dirigenti e licenziamento: giustificatezza del recesso non coincide con giustificato motivo*. Articolo, tratto da In pratica Lavoro, segnalazione del 16/11/2018
[38] En Italie, il existe des conventions collectives spécifiques, réservées aux *dirigenti*
[39] Cabinet d'avocats franco-italien Beny Boatti, Milan (https://www.benyboatti.com/fr/ressources-humaines/le-contrat-de-travail-avec-les-dirigenti-en-italie-cadres-dirigeants/) consulté le 15/04/2020
[40] Tribunal de Milan 10.01.2019 R.G. 5275/2018 (*atto ritorsivo*)

l'employeur qui se trouve à devoir indemniser son salarié si le juge ne reconnaît pas le statut de cadre dirigeant.
Une précision, en droit français, le contrat de travail n'a pas à être obligatoirement formalisé par écrit (il ne s'agit pas d'une condition de validité[41]). Celui-ci peut même rester silencieux sur la qualité de cadre dirigeant. En revanche, si la convention collective applicable impose un document contractuel il conviendra de respecter cette exigence.

En Italie aussi, l'écrit n'est pas obligatoire. Le code civil italien dresse une liste des actes qui doivent impérativement revêtir la forme écrite, ce n'est pas le cas du contrat de travail[42]. Dans la pratique évidemment, et a fortiori pour ces salariés atypiques mobilisant des sommes d'argent importantes, le contrat et ses clauses sont presque toujours négociés en amont.

Revenant à la notion de cadre dirigeant, en Italie elle est beaucoup mieux définie et il apparaît intéressant d'étudier ces caractéristiques et différences dans une optique de droit comparé.

Le fait que les *dirigenti* sont une catégorie à part, séparée des cadres. Elle n'est pas définie par la loi, mais par les conventions collectives, qui en donnent une interprétation plus claire, qui donne ainsi moins facilement lieu à des contentieux. Pour le salarié, comme pour l'employeur italiens, c'est donc une source de sécurité juridique.

Si l'on se tourne du côté de l'employeur uniquement, le fait que celui-ci puisse licencier cette catégorie de salarié sans difficulté représente un avantage non négligeable. De plus, il peut, par avance (ce qui est très intéressant pour lui) connaître quel sera le coût maximum du licenciement. Ceci est d'autant plus important que les sommes en jeu peuvent être très colossales.

À propos de la définition légale française du cadre dirigeant, le législateur avait déjà envisagé, lors des débats ayant précédé l'adoption de la loi Travail du 8 août 2016, d'ajouter une quatrième condition issue de la jurisprudence qui était celle de la participation à la direction de l'entreprise aux conditions légales préexistantes.

[41] Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 30 mai 2018, 16-25.557, Publié au bulletin
[42] Articolo 1350 del codice civile (R.D. 16 marzo 1942, n. 262) [aggiornato al 10/06/2019]

Celle-ci a finalement été écartée[43], notamment « afin de tenir compte de la situation des dirigeants d'établissements qui peuvent parfois disposer d'une très grande autonomie et d'une délégation de pouvoir très étendue, notamment en matière d'embauche » sans pour autant participer à la direction de l'entreprise[44].

C'est d'ailleurs à cette époque que la jurisprudence a précisé, dans un arrêt du 22 juin 2016 [45] , que « si les trois critères fixés par l'article L. 3111-2 du Code du travail impliquent que seuls relèvent de la catégorie des cadres dirigeants les cadres participant à la direction de l'entreprise, il n'en résulte pas que la participation à la direction de l'entreprise constitue un critère autonome et distinct se substituant aux trois critères légaux »[46]

Ce qui est troublant c'est que le législateur qui a beaucoup assoupli les règles sur la durée du travail pour les autres catégories de salariés, en faisant primer l'accord d'entreprise sur les conventions collectives et sur la loi, n'a pas du tout suivi la même logique pour le cadre dirigeant (ayant même pensé à restreindre encore plus la notion).
De cette façon, le statut de cadre dirigeant, malgré l'intérêt certain qu'il revêt risque d'être appelé à disparaître.

À la lumière du modèle italien, serait-il ainsi opportun de revoir la définition légale du cadre dirigeant, et d'assouplir son interprétation donnée, pour ne pas risquer de voir menacé un statut qui présente pourtant des intérêts indéniables tant pour l'employeur que pour le salarié ?

Puisant dans le système italien, il pourrait être intéressant, en cas de réforme, de mieux délimiter la notion, mais aussi de l'assouplir.

[43] Content, Marie, Avocat associé, PDGB Avocats, La chambre sociale de la Cour de cassation et le législateur, Semaine Sociale Lamy, 1830, 01-10-2018
[44] Rapp. Sénat nº 661, 1er juin 2016
[45] Cass. soc., 22 juin 2016, no 14-29.246
[46] Morand, Michel, Avocat, conseil en droit social, cabinet Barthélémy Avocats - professeur associé à l'École de droit de Clermont-Ferrand, université d'Auvergne. *Identification des cadres dirigeants*. La Semaine Juridique Social n° 40, 11 Octobre 2016, 1339

D’une part la définition légale pourrait être plus succincte et donner, comme c’est le cas en Italie, plus de pouvoir à la négociation collective pour encadrer la notion, avec des nuances envisageables au sein des différentes branches. Une rémunération minimum pourrait par exemple être prévue. De plus, en particulier dans les grandes entreprises, une hiérarchie pourrait être créée au sein de la catégorie de cadres dirigeants, où certains pourraient avoir un rôle de « coordination » sur les autres.

On pourrait envisager d’aller encore plus loin pour laisser plus de place à la liberté contractuelle des parties (l’employeur et le salarié). Le cadre dirigeant accepterait de renoncer aux règles sur la durée du travail en contrepartie d’une rémunération avantageuse. Nous estimons que le salarié, arrivé à un tel niveau professionnel, et jouissant d’un bon niveau d’instruction, a dans ce cas a peut-être moins besoin d’être protégé qu’un salarié placé plus bas dans l’échelle sociale.

Le contrôle judiciaire ne serait pas écarté pour autant, puisque les juges auraient la charge, en cas de litige, de vérifier que le consentement de l’une ou l’autre des parties (on imagine le salarié) n’a pas été vicié.

Un autre aspect important concerne aussi les excès qui seraient susceptibles de se produire. Il conviendrait de prévenir les risques de *burn-out* de manière spécifique chez les cadres dirigeants et de punir les abus, dans le cadre de l’obligation de sécurité de résultat de l’employeur.

Cette solution renforcerait sans conteste la sécurité juridique tant pour l’employeur que pour le salarié.

Il conviendra ainsi dans une première partie d’aborder les règles propres aux deux régimes. Nous nous interrogerons sur les avantages et les inconvénients qui sont attachés à la notion lors de la formation et de l’exécution du contrat en nous plaçant surtout du côté du salarié. La recherche sera notamment axée sur la « durée » sous différents angles (durée du travail, mais aussi durée du contrat).
Dans la deuxième partie en revanche, nous nous pencherons sur la rupture du contrat, notamment sur le licenciement individuel. Nous nous placerons dans ce cas du côté de l’employeur.

PREMIERE PARTIE : LES PARTICULARITES DU STATUT DE DU CADRE DIRIGEANT ET DU DIRIGENTE LORS DE LA FORMATION DU CONTRAT DE TRAVAIL

Pour cette première partie, il convient tout d'abord de préciser que le terme « durée » sera abordé de façon large. Dans le cadre de l'exécution du contrat, nous envisagerons bien évidemment la durée du travail au sens strict du terme, qui est un thème crucial quand on parle de cadre dirigeant puisque celui-ci échappe aussi aux règles protectrices du droit du travail.

Par ailleurs nous envisagerons aussi la durée dans le cadre de la formation du contrat, en envisageant entre autres la possibilité de conclure des contrats à durée déterminée.

Au nom de son statut, le cadre dirigeant est soumis à de nombreuses contraintes. Nous pensons bien sûr au temps de travail, la règle étant la même des deux côtés des Alpes. De plus, pour ce qui est de l'Italie, l'employeur peut rompre le contrat très facilement. En contrepartie, le cadre dirigeant est, à de nombreux égards, mieux traité que les autres catégories de salariés.

Nous nous attacherons à passer en revue les avantages (I) avant d'aborder les inconvénients qui se rattachent au statut, pendant la formation et l'exécution du contrat (II)

I) Un statut garantissant plus d'avantages financiers et en nature au salarié

Il conviendra de passer en revue les avantages accordés aux cadres dirigeants en contrepartie du temps qu'ils sont amenés à consacrer à leur travail et des responsabilités qui s'y rattachent (A) avant de s'interroger sur le fait de savoir si les inégalités qui découlent nécessairement de cette différence de traitement entre le cadre dirigeant et les autres catégories de salariés sont justifiées au regard du droit (B)

A) Les avantages pour le salarié liés au statut de cadre dirigeant

Les avantages accordés au cadre dirigeant, en France comme en Italie, revêtent différentes formes. Ils sont salariaux d'une part, les cadres dirigeants, comme tous les autres salariés, percevant une rémunération en contrepartie de leur prestation de travail (1) mais sont aussi constitués d'avantages en nature (2)

1) Une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés pratiqués dans l'entreprise ou établissement

La loi française le dit clairement à l'article L3111-2 du code du travail : la rémunération des cadres dirigeants est parmi les plus élevées de l'entreprise.

Il convient préalablement de définir le terme « rémunération ».

Le code du travail ne pose pas de définition à titre générale. Nous en trouvons tout de même une à l'article L3221-3, dans le titre II du livre II traitant sur l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes. Celui-ci dispose que : « Constitue une rémunération … le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres

avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier »[47].

La rémunération d'un cadre dirigeant se compose en général d'une partie fixe et d'une partie variable (par exemple en fonction de ses résultats). Ceci est souvent complété par des bonus, des primes d'intéressement, des avantages en nature (logements, voiture etc…) et des rémunérations complémentaires (stock-options, retraite complémentaire etc).[48]

Nous distinguerons ainsi le salaire de base (a) des autres types de rémunération que peuvent percevoir les cadres dirigeants, en France comme en Italie (b)

a) une rémunération de base inégalement déterminée de part et d'autre des Alpes

Pour ce qui est de la rémunération, la France et l'Italie appliquent deux « stratégies » différentes. Ceci s'explique certainement par le fait qu'en France, les conventions collectives sont liées à la branche d'activité, s'appliquant à toutes les catégories de salariés à l'intérieur de cette branche, alors qu'en Italie, il existe des conventions collectives spécifiques aux *dirigenti*.

La rémunération des cadres dirigeants français : un critère flou

En France, le critère apparaît assez flou. On sait juste que cette rémunération est parmi les plus élevées dans l'entreprise ou dans l'établissement. Le texte envisage la rémunération non pas du point de vue du montant mais de la position de la rémunération par rapport aux autres salariés.

Ainsi, la Cour de Cassation a admis la qualité de cadre dirigeant à un cadre supérieur qui percevait la rémunération la plus élevée de sa société[49] tandis qu'elle l'a refusée à un directeur dont le coefficient était certes le plus élevé de son établissement mais ne figurait

[47] Boudias, Philippe et Louis, Avocats au Barreau de Paris, Membres du réseau JSA. Aïda Vallat, Avocat au Barreau de Paris, Docteur en droit. L*'attribution de stock-options : un schisme dans la définition de la rémunération ?* Semaine Sociale Lamy, Nº 1503, 5 septembre 2011
[48] Tahtah, Sabahe. *Les cadres et le droit du travail*. Droit. Université de Bordeaux, 2017. Français.
[49] Cass. soc., 3 juill. 2008, no 07-40.213

pas parmi les cadres les mieux payés de son entreprise[50]. D'ailleurs, la jurisprudence a établi que le cadre dirigeant n'est pas nécessairement classé au coefficient le plus élevé de la convention collective[51].

La notion revêt ainsi une grande part de subjectivité, le juge ayant le pouvoir souverain de décider si la rémunération perçue par le salarié concernée justifie le statut de cadre dirigeant.

Par ailleurs, en France, les conventions collectives fixent des grilles de salaires (qui ne peuvent bien sûr tomber sous la rémunération légale minimum du SMIC) qui visent parfois directement les cadres dirigeants.

Par exemple, la Convention collective nationale du 9 novembre 2016 des métiers de la transformation des grains dispose que « La rémunération mensuelle perçue par les collaborateurs cadres dirigeants, relevant de l'article L. 3111-2 du code du travail, placés en dehors du champ de la durée légale du travail … doit être supérieure à la REMM[52] correspondant à leur niveau ».

Ceci confirme le raisonnement des juges et indique bien qu'il n'y a pas dans l'absolu un montant minimum au-delà duquel un cadre devient cadre dirigeant. Pour ce qui a trait à la rémunération, le niveau n'est donc vraisemblablement pas du tout uniforme, même sur le plan des salariés appartenant à une même convention collective.

Nous sommes ainsi en droit de nous demander si une personne embauchée avec le statut de cadre dirigeant pourrait perdre son statut si, à un certain moment un nouveau cadre était recruté, mieux payé, avec plus d'autonomie. La qualité de cadre dirigeant pourrait-elle être remise en cause ? En Italie, le problème s'est déjà posé et le statut de cadre dirigeant avait été remis en cause car le nouveau *dirigente* « dirigeait » l'ancien au lieu de le « coordonner »[53].

[50] Cass. soc., 18 juin 2008, no 07-40.427
[51] Cass. soc. 30 novembre 2011 n° 09-67.798 (n° 2461 FS-PB), Boyer c/ Sté Vitauto
[52] REMM (Rémunération mensuelle minimum)
[53] Maurizio Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo*. 2° edizione. CEDAM, 2006, page 169

Les rémunérations minimums fixées par les conventions collectives italiennes réservées aux *dirigenti*

La rémunération minimum est spécifiquement prévue par les conventions collectives s'adressant aux cadres dirigeants italiens. Prenons par exemple la convention collective des cadres dirigeants des entreprises industrielles (en vigueur du 1er janvier 2019 au 31 décembre 2023)[54]. Il y est ainsi précisé qu'un *dirigente* ne saurait percevoir une rémunération « globale » de moins de 69 000 euros à partir de 2020 (montant porté à 72 000 euros à partir de 2022). Selon le principe de faveur, le montant minimum peut bien sûr être revu à la hausse par les entreprises.

Il convient également de préciser que la rémunération n'est pas le seul critère indiquant qu'un salarié est *dirigente.* De nombreux cadres italiens perçoivent ainsi une rémunération supérieure au minimum prévu pour les *dirigenti*. Au-delà de la rémunération, ces conventions collectives spécialement consacrées aux cadres dirigeants ont l'avantage d'être beaucoup plus complètes et de bien mieux cerner les caractéristiques attachées à la catégorie par rapport à la France. En particulier, tous les autres avantages liés au statut de *dirigente* sont détaillés.

Ces avantages sociaux sont, en particulier en Italie déterminants et font que le statut de *dirigente*, malgré les contraintes qu'il impose au salarié en termes de durée du travail et de licenciement est très convoité des salariés.

b) Une rémunération complémentaire équivalente dans les deux pays

En Italie, obtenir le statut de cadre dirigeant est l'ambition suprême de tout salarié. Il s'agit presque d'un « signe extérieur de richesse » qui apparaît d'ailleurs de la carte d'identité italienne sous la rubrique profession. Ce n'est pas qu'une question de salaire (certains cadres ont des salaires plus élevés que certains *dirigenti*) mais surtout d'avantages financiers et en nature (par exemple une voiture de fonction, qui est l'un des avantages les plus communs et visibles).[55]

[54] CCNL Dirigenti Industria 2019-2023
[55] Tamburini, Riccardo. I FRINGE BENEFIT, Manageritalia.it, 2018 (https://www.manageritalia.it/content/download/Informazione/Giornale/Aprile_2002/pag14.pdf)

Mutuelle santé

En Italie, alors que les dépenses de santé sont souvent élevées, tous les salariés ne bénéficient pas d'une mutuelle santé comme c'est le cas en France.
La situation s'est améliorée, puisque les la catégorie des employés bénéficie elle aussi désormais d'une couverture, mais ce n'a pas toujours été le cas, les cadres et *dirigenti* étant privilégiés de ce point de vue (avec par ailleurs une différence de traitement relativement importante entre cadres et *dirigenti*).
Ces assurances, prévues par les conventions collectives prévoient le remboursement des frais médicaux avec un système de plafonds annuels, qui peut être très élevé.
En France, depuis l'entrée en vigueur de la loi dite ANI de 2016, tous les salariés doivent être couverts par une mutuelle, l'employeur étant tenu de participer à la cotisation à hauteur d'au moins 50 %, ce qui tend à réduire l'avantage du cadre par rapport aux autres catégories de salariés[56].

Retraite complémentaire

L'employeur italien est tenu de contribuer à un fond de retraite complémentaire au profit de ses *dirigenti*.
En France aussi, le contrat de travail du cadre dirigeant prévoit l'adhésion à un régime de retraite à cotisations ou à prestations définies[57]

Les stocks-options

Les employeurs français, aux termes l'article L.225-177 du Code de commerce peuvent donner la possibilité à certains salariés de souscrire ou d'acheter des actions. Les options sur actions permettent au cadre dirigeant de bénéficier d'une option d'achat des actions de la société, l'option pouvant être levée dans un certain délai, avec un prix convenu à l'avance. Ceci peut conduire, sans risque pour le salarié, à des rémunérations très juteuses. Le but de cette opération est d'associer le salarié aux performances de l'entreprise[58].

[56] Direction de l'information légale et administrative (Premier ministre), *Mutuelle d'entreprise (complémentaire santé) : obligations de l'employeur*, Vérifié le 11 mars 2020
[57] Garence, Gille, Avocat au Barreau de NICE. *Le contrat de travail du dirigeant*, 17 septembre 2019
[58] Cour de droit du travail de M2 juriste d'affaires

En 1945, les arrêtés Croizat-Parodi évoquaient d'ailleurs la rémunération des cadres de haut niveau. L'arrêté relatif aux salaires des ingénieurs et des cadres des industries des métaux précisait, à l'article sur la rémunération des cadres que celle-ci « est essentiellement basée d'après le contrat de travail, sur le chiffre d'affaires ou la prospérité de l'établissement »[59].

Les cadres dirigeants, qui se retrouvent aussi associés ou actionnaires, sont ainsi rapprochés de l'employeur.

De la même façon en Italie, on évoque le terme « d'alter ego de l'employeur » lorsque l'on évoque le *dirigente*.

2) Une rémunération complétée par des avantages en nature

Il s'agit en particulier des congés payés

a) Des congés payés plus longs

En France, les congés payés sont d'ordre public. En dispose ainsi l'article L3141-1 du Code du travail. Même si le cadre dirigeant échappe aux règles protectrices du droit du travail il ne saurait être privé de congés.[60] Certaines conventions prévoient des jours de congés supplémentaires pour les cadres en général et les cadres dirigeants en particulier.

Ce qui est « intéressant » sous l'angle juridique à propos des congés c'est que, dans le cadre de la grande indépendance qui caractérise son statut, le cadre dirigeant dispose d'une grande liberté de son emploi du temps et donc du choix du moment auquel il pourra disposer de ses jours de congés.

[59] Juès, Jean-Paul. *Les cadres en France*. PUF, 1999

[60] C'est également le cas du repos obligatoire des femmes en couche et des congés pour événements familiaux

A ce propos la chambre sociale de la cour de cassation, dans un arrêt du 16 septembre 2015[61], a donné raison à la cour d'Appel qui avait décidé qu'un cadre dirigeant qui ne pouvait pas prendre de congés sans autorisation préalable ne disposait pas d'une liberté suffisante pour organiser son temps de travail. La position de la cour de cassation est tout de même nuancée : « la qualité de cadre dirigeant implique une grande indépendance dans l'organisation de son emploi du temps, ce qui ne signifie pas une totale liberté ; que pour la bonne marche de l'entreprise, l'employeur peut être amené à valider les dates de congés soumises par ses salariés, y compris ses cadres dirigeants ».

En 2012, une autre décision avait en revanche indiqué que la décision quant à la prise de congés n'était pas exclusive de la qualité de cadre dirigeant : « qu'en retenant que la clause du contrat de travail de M. X... relative aux congés payés selon laquelle « la date à laquelle seront pris ces congés sera déterminée par le Directeur général en tenant compte de vos desiderata mais surtout des exigences et nécessités du service » est exclusive de la qualité de cadre-dirigeant de ce salarié, la Cour d'appel a violé l'article L.3111-2 du Code du travail ».[62]

En Italie, le traitement réservé aux *dirigenti* de l'industrie est très avantageux puisqu'ils bénéficient de 35 jours ouvrables par an (le samedi n'est calculé que s'il fait partie de la période de congés).[63]

b) Un préavis de licenciement plus long pour les *dirigenti*

En Italie, le préavis est très favorable au *dirigente*. La Convention collective des cadres dirigeants de l'Industrie[64] prévoit que
« Le contrat à durée indéterminée ne pourra être résilié par l'employeur sans préavis, dont le délai est fonction des années d'ancienneté :
- 6 mois pour les *dirigenti* jusqu'à six ans d'ancienneté ;
- 8 mois jusqu'à dix ans ;
- 10 mois jusqu'à quinze ans ;

[61] Cass. Soc., 16 septembre 2015 n° 14-13.830
[62] Cass. Soc., 19 janvier 2012 n° 10-21.969 10-22.942, Inédit
[63] D'Arco, Agostino, Direttore ALDAI dal 1982 al 2005 - Consigliere ALDAI-Federmanager. *Contratto Dirigenti Industria 2019-2023*, Dirigenti Industria, 01 ottobre 2019
[64] Contratto Dirigenti industria 2019-2023

- 12 mois pour un nombre d'années supérieur.

Le *dirigente* démissionnaire doit donner à l'employeur un préavis équivalent à 1/3 de celui qui est indiqué pour l'entreprise. Le *dirigente* qui est congédié peut rompre la relation, aussi bien au début que pendant le préavis, sans que cela n'entraîne pour lui aucune obligation d'indemnisation pour la période de préavis non reconnue. »

Les autres catégories de salariés ne disposent pas de cet avantage-là.

En France, les dispositions en matière de préavis ne sont pas aussi favorables. Certains avocats conseillent donc à leurs clients de négocier un préavis contractuel plus long que ceux qui sont prévus par les conventions collectives applicables[65]

Nous l'avons vu, les cadres dirigeants bénéficient d'avantages non négligeables par rapport aux autres catégories de salariés. Nous sommes alors en droit de nous demander si ces avantages sont justifiés.

B) des avantages liés au statut de cadre dirigeant pas toujours justifiés

L'égalité entre les Hommes est un droit fondamental proclamé par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[66], elle est d'ordre public absolu.

Il en découle un principe d'égalité de traitement entre les salariés qui s'est forgé au fil du temps. Cependant certaines inégalités peuvent être justifiées dans certaines circonstances (1). À la lumière de ces éléments il conviendra ensuite d'examiner la situation particulière du cadre dirigeant (2)

1) Le principe de l'égalité de traitement entre les salariés

En France, ce principe a été forgé au fil du temps et a connu plusieurs évolutions mais est strictement interprété (a), en Italie la notion est beaucoup plus souple (b)

[65] Chhum, Frédéric, Ollivier, Marilou. *Salariés, cadres, cadres dirigeants : 4 conseils pour échapper au plafonnement des indemnités prud'homales prévu par l'ordonnance Macron*. Village de la Justice, Octobre 2017

[66] Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 20 et 21.

a) En France, un principe d'égalité strictement interprété

De l'interdiction de la discrimination au principe d'égalité de traitement

Quelques précisions terminologiques sont de rigueur

À l'origine, l'interdiction des discriminations entre les hommes et les femmes

Le courant à l'origine de l'exigence d'une égalité de traitement entre les salariés est né grâce à la loi du 4 août 1982 sur les libertés des travailleurs dans l'entreprise (l'une des quatre lois Auroux)[67]. Cependant il s'agissait à l'origine de protéger les salariés dits vulnérables (susceptibles d'être discriminés pour leur sexe ou leur religion) à l'intérieur d'une même catégorie de salariés.

« À travail égal salaire égal »

En 1996, un arrêt très important, l'arrêt Ponsolle[68] généralise un droit au-delà de l'interdiction de la discrimination entre les hommes et les femmes. Suite à cet arrêt, l'employeur a l'obligation de rémunérer de la même façon ses salariés placés dans une situation identique, à savoir exerçant un même travail ou un travail de valeur égale.
Ce principe a ensuite été élargi et concerne dorénavant tous les avantages, qu'ils soient salariaux ou non, susceptibles d'être accordés à des salariés, quelle que soit leur catégorie. Il s'agit donc, au-delà du salaire de base et de ses compléments (voir supra), des primes, bonus, mais aussi jours de congés supplémentaires ou octroi de tickets restaurants.

Du salaire égal à l'égalité de traitement en droit du travail

Il s'agit d'une nuance de vocabulaire. L'égalité de traitement ne concerne pas seulement la rémunération mais plus largement toutes les matières concernées par le droit du travail.

[67] Poirier, Mireille, Maître de conférences à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV. *Egalité de traitement et différences de statut*. Le Droit Ouvrier, Septembre 2009
[68] Cass. soc., 29 oct. 1996, no 92-43.680

Dans un arrêt du 5 mai 2004, la Chambre sociale de la Cour de cassation a d'ailleurs énoncé, s'agissant des rapports de l'employeur avec les syndicats, que « le principe d'égalité (…) est de valeur constitutionnelle » et « que le juge doit [l'] appliquer »[69]

Ces précisions terminologiques étant faites, on observera que les salariés doivent être traités de façon identique si leurs situations sont identiques. Il convient donc à présent de comprendre dans quelle mesure des différences de traitement peuvent être justifiées.

Des différences de traitement parfois justifiées

Plusieurs arrêts, en 2007, puis en 2009[70] posent le principe suivant : « une différence de traitement entre des salariés placés dans la même situation doit reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence »[71]. Cette différence est appréciée compte tenu des spécificités de la situation des salariés auxquels l'avantage est accordé.

Deux critères dégagés : l'objectivité et la pertinence

Il s'agissait dans l'arrêt de 2009 de différences instaurées entre salariés par les accords collectifs. Ainsi, la seule différence de catégorie professionnelle ne peut justifier une différence de traitement.[72]

En matière d'égalité de traitement, les hauts juges décidaient à l'époque qu'il incombait à l'employeur, lorsque le salarié saisissait le juge pour contester une inégalité, de rapporter la preuve d'éléments objectifs permettant de justifier une différence. La différence de traitement, quelle que soit sa source, devait passer un contrôle de justification par le Juge. Cependant, il n'en est plus ainsi aujourd'hui.

Le revirement de la jurisprudence en 2015

[69] Cass. Soc., 5 mai 2004, Bull. 2004, V, n° 119, pourvoi n° 03-60.175
[70] Cass. Soc., 1er juillet 2009, pourvoi n° 07-42.675
[71] Cass. Soc., 15 mai 2007, Dr. Soc. 2007, 896, obs. Christophe Radé, Dr. Ouv. 2007, 362, obs. Marie-France Bied-Charreton
[72] Morand, Michel, Avocat ; conseil en droit social Cabinet Jacques Barthélémy et associés ; professeur associé, université d'Auvergne Clermont I. Le principe à travail égal, salaire égal, Thématis, mai 2008

La Cour de cassation a opéré par une série d'arrêts « Veolia » rendus le 27 janvier 2015[73], un spectaculaire revirement de sa jurisprudence sur l'application du principe d'égalité. Elle a ainsi présumé justifiées les différences de traitement entre catégories professionnelles résultant de conventions ou d'accords collectifs :
« Mais attendu que les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle »

Maintenant, les différences de traitement opérées par voie conventionnelles bénéficient d'une présomption de justification. Il en va de même pour les différences de traitement opérées par voie d'accords d'établissement[74]. La nouvelle position est justifiée par le rôle croissant des partenaires sociaux (qui deviennent plus légitimes que le juge pour décider en cette matière).

Cette présomption est difficilement réfragable. Il appartient à celui qui les conteste de rapporter la preuve que ces différences ne sont pas justifiées par des considérations de nature professionnelle. « Attendu que les différences de traitement entre catégories professionnelles, opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle »[75]

À noter toutefois que ce régime ne s'applique pas aux différences de traitement opérées par décision unilatérale de l'employeur.[76] S'agissant des normes autres que l'accord collectif, le juge devra donc continuer à rechercher si les différences de traitement catégorielles ou infra catégorielles, reposent sur des raisons objectives en tenant compte

[73] Cass. Soc. 27 janvier 2015
[74] Cass. Soc., 3 novembre 2016, n° 15-18844, publié au Bulletin
[75] Cour de cassation, chambre sociale, arrêt nº 122 du 27 janvier 2015, nº 13-14.773
[76] Cass. soc., 27 janv. 2015, no 13-17.622

notamment des conditions d'exercice des fonctions, de l'évolution de carrière ou des modalités de rémunération.

Nous l'avons bien compris l'une des « différences » posant problèmes est celle qui s'applique entre plusieurs catégories socio-professionnelles. Il convient de bien comprendre ce qu'est une catégorie socio-professionnelle. Concernant les arrêts de 2015 évoqués ci-dessus, la Cour fait référence aux « catégories qui ont un support légal et entre lesquelles le législateur lui-même opère des différences ». Selon Madame Fanélie Ducloz (à l'époque, conseiller référendaire à la chambre sociale de la Cour de cassation), la présomption englobe les catégories pour lesquelles la loi institue « un collège électoral spécifique »[77].

Cette référence légale (plutôt que conventionnelle) permet de distinguer un collège ouvriers-employés (en ce sens les ouvriers et les employés font partie de la même catégorie socio-professionnelle, ce qui peut être critiquable). Il existe ensuite, un collège ingénieurs, chefs de service, techniciens, agents de maîtrise et assimilés (le deuxième collège) et, au-dessus de certains seuils un troisième collège de « cadres » [78].

Les cadres dirigeants étant exclus de la législation sur la durée du travail, forment une catégorie socio-professionnelle à part. Ils peuvent par ailleurs être inscrits aux élections prud'homales dans le collège des employeurs[79].

Les avantages octroyés aux cadres peuvent ainsi parfois être remis en cause.

b) En Italie : une notion d'égalité souple

En Italie la matière est beaucoup plus souple. Il n'existe pas de principe d'égalité de traitement spécifique au droit du travail mais un principe général, édicté par la Constitution qui en son article 36 dispose que le travailleur a le droit à une rémunération

[78] Hautefort, Marie. *Égalité de traitement : comment sécuriser les accords collectifs ?* Les Cahiers du DRH, Nº 267, 1er septembre 2019

[79] L'article L1441-12 du code du travail vise les (« les cadres détenant sur un service, un département ou un établissement de l'entreprise une délégation particulière d'autorité, établie par écrit, permettant de les assimiler à un employeur »

proportionnée à la quantité et à la qualité du travail fourni et en tout état de cause suffisante pour lui assurer, ainsi qu'à sa famille, une existence libre et digne[80].

À ce propos une décision fondamentale a été rendue en 1989 par la Cour constitutionnelle italienne.

Avant cette période, la Cour de cassation a toujours rejeté toute tentative de faire admettre un quelconque principe d'égalité entre salariés. Le pouvoir de l'entrepreneur était en quelques sortes « absolu ».[81]

Certains points de cet arrêt sont fondamentaux.

Par exemple, il énonce que peuvent être tolérées des disparités de traitement, qui doivent cependant être justifiées et raisonnables.

De plus, le pouvoir d'initiative de l'employeur ne peut s'exprimer en termes purement discrétionnaires, voire arbitraires. Celui-ci ne doit pas porter atteinte à la sécurité, à la liberté et à la dignité humaine.

Ainsi, *in fine*, comme en droit français, cet arrêt, nous indique que :

- Les discriminations basées sur le sexe, la race, etc. sont interdites,
- Les différences de traitement non justifiées car non raisonnables ni pertinentes par rapport aux principes constitutionnels (article 36) sont interdites,
- Certaines différences de traitement justifiées et raisonnables sont autorisées.

Dans ce dernier cas, l'employeur est libre d'agir comme il le souhaite. Il n'existe donc pas de principe d'égalité de traitement absolu mais les différences ne peuvent être arbitraires.

Cet arrêt a été interprété de façon inégale et deux courants ont émergé.

D'un côté les solutions antérieures à cet arrêt ont été appliquées, refusant purement et simplement l'existence d'un principe d'égalité de traitement avec une sorte de « zone

[80] Corte Costituzionale 9 marzo 1989 n. 103

[81] Dui, Pasquale. *Il lavoro dirigenziale. Questioni controverse*. Giuffré Editore, 2010

franche » aussi bien au niveau des accords collectifs que des décisions unilatérales de l'employeur.

De l'autre, le principe d'égalité est reconnu et il n'est possible d'y déroger que sous certaines conditions.

Notamment, la Cour de cassation dans un arrêt du 29 mai 1993[82] a affirmé que ni l'article 36 de la Constitution, se limitant à poser un principe de rémunération suffisant et proportionné à l'activité exercée, ni l'article 41, qui affirme la liberté de l'initiative économique privée dans les limites posées par la loi dans un souci de protection de la sécurité, de la liberté et de la dignité humaine posent un principe de comparaison selon lequel les salariés se trouvant dans une situation identique doivent avoir la même rémunération et appartenir à la même catégorie.[83]

Tandis que le problème ne se pose guère quand il s'agit de salariés amenés à effectuer des tâches répétitives et peu qualifiées, les différences de traitement sont beaucoup plus facilement « justifiées et raisonnables » quand on se déplace du côté des *managers*. Sous cet angle, c'est l'intérêt de l'entreprise qui sert de guide pour évaluer la légitimité de la différence de traitement.

La question se pose cependant de savoir quels sont les critères qui permettent de juger qu'un comportement est justifié au regard de l'intérêt de l'entreprise.

Tout est laissé à l'appréciation souveraine du juge, qui est amené à se prononcer *in concreto*. Ceci est donc critiquable car source d'insécurité juridique.

Cependant, les avantages octroyés très facilement aux *dirigenti*, de façon peu uniforme, sont très difficiles à remettre en question.

[82] Cass. S.U. 29 maggio 2003, n. 6030

[83] Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale. Annuario di diritto del lavoro n. 50. Clausole generali e diritto del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Roma, 29-30 maggio 2014. Giuffrè editore, 2014

2) Des différences de traitement justifiées chez les cadres en général et des cadres dirigeants en particulier

Voici quelques exemples puisés dans la jurisprudence de la Cour de cassation

Régime de retraite complémentaire

La Cour de cassation a jugé que ne constituait pas une rupture d'égalité de traitement l'attribution d'une indemnité conventionnelle de licenciement (les fameux *golden parachutes* sur lesquels nous reviendrons dans la deuxième partie) plus élevée pour les cadres dirigeants[84]. Dans cette affaire[85] la Cour d'appel avait justifié sa décision par le fait que ceux-ci étaient « directement soumis aux aléas de l'évolution de la politique de la direction générale » et que leur responsabilité les exposait, plus que les autres salariés, à un licenciement.

Treizième mois

Même solution pour l'attribution d'un treizième mois[86] réservé aux cadres en application d'une décision unilatérale[87]. Les Juges considèrent que cette prime, au même titre que le salaire de base rémunère le travail effectué par les cadres qui sont *de facto* placés dans une situation différente par rapport aux non-cadres. Ces derniers ne sauraient donc revendiquer le même avantage en vertu du principe d'égalité de traitement.

Dans cette décision de 2012, la Cour de cassation a ainsi affirmé qu'une prime de treizième mois « qui n'a pas d'objet spécifique étranger au travail accompli ou destiné à compenser une sujétion particulière, participe de la rémunération annuelle versée, au même titre que le salaire de base, en contrepartie du travail à l'égard duquel les salariés cadres et non-cadres ne sont pas placés dans une situation identique. »

[84] Lhernould, Jean-Philippe, Professeur à l'Université de Nantes. *L'indemnité conventionnelle de licenciement des cadres dirigeants face au principe d'égalité de traitement*. Jurisprudence Sociale Lamy, Nº 375, 5 novembre 2014

[85] Cass. soc., 24 sept. 2014, no 13-15.074

[86] En Italie le treizième mois est d'ordre public pour tous les salariés, souvent un quatorzième mois est également versé

[87] Cass. soc., 26 sept. 2018, no 17-15.101

Les hauts juges ont également reconnu l'octroi d'un jour de congé supplémentaire aux seuls cadres eu égard au fait que leur temps de travail est supérieur à celui des autres catégories de personnel[88].

Mutuelle santé

La Chambre sociale de la Cour de cassation, par un arrêt du 9 juillet 2014[89] se penche sur la décision unilatérale d'un employeur qui mettait en place au profit des seuls salariés cadres de son entreprise une mutuelle obligatoire prenant en charge les frais médicaux avec financement de l'employeur à hauteur de 50%. Un salarié non-cadre a contesté cette mesure.

Les hauts juges cassent l'arrêt de la Cour d'appel et justifient dans ce cas aussi la différence de traitement sur la base du fait que « l'égalité de traitement ne s'applique qu'entre les salariés relevant d'une même catégorie professionnelle »[90].

Le caractère objectif dérive dans ce cas, de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale qui dispose que ces garanties « revêtent un caractère obligatoire et bénéficient à titre collectif à l'ensemble des salariés ou à une partie d'entre eux sous réserve qu'ils appartiennent à une catégorie établie à partir de critères objectifs déterminés par décret en Conseil d'Etat ». Un régime de faveur est certes établi, mais selon un critère objectif.

Indemnité de licenciement

Certaines conventions collectives prévoient des indemnités de licenciement plus élevées pour les cadres dirigeants. La jurisprudence considère dans ce cas aussi que cette différence peut être justifiée. Dans une affaire de 2014, s'agissant d'un cadre licencié qui revendiquait l'indemnité conventionnelle prévue par les cadres dirigeants[91], la Cour a appuyé son raisonnement sur le fait que les cadres dirigeants sont plus exposés au licenciement que les autres catégories de salariés : « dans le contexte de la gestion des établissements de l'APAJH 11, les cadres dirigeants, qui ont la responsabilité directe de la mise en œuvre du projet associatif, sont plus exposés que les autres salariés au licenciement, comme directement soumis aux aléas de l'évolution de la politique de la direction générale, la cour d'appel a pu en déduire que la différence de traitement prévue

[88] Cass. soc., 28 mars 2012, no 11-12.043
[89] Cass, soc., 9 juillet 2014, 13-12.121, Publié au bulletin
[90] Tahtah, Sabahe. *Les cadres et le droit du travail*. Droit. Université de Bordeaux, 2017. Français.
[91] Cass. soc., 24 sept. 2014, pourvoi no 13-15.074, arrêt no 1641 FS-P+B

à l'article 15.2.3.2 de la Convention collective des établissements hospitaliers privés à but non lucratif du 31 octobre 1951 pour le calcul de l'indemnité de licenciement, laquelle avait pour objet de prendre en compte les spécificités de la situation des cadres dirigeants liées aux conditions d'exercice de leurs fonctions et à l'évolution de leur carrière, était justifiée »

Avantages en nature

Il fut un temps (avant les arrêts Véolia de 2015) où l'application du principe d'égalité de traitement (ou plutôt du principe « à travail égal, salaire égal ») a semblé mettre en péril les avantages en nature accordés aux cadres.

Il convient toujours d'opérer une distinction entre les avantages octroyés par voie de convention ou d'accord collectif, qui sont présumées justifiés, et les avantages octroyés unilatéralement par l'employeur. Celui-ci, en cas de contestation, devra justifier le caractère objectif et pertinent de l'avantage en question.

Ceci est d'autant plus crucial que ces avantages en nature (véhicule, téléphone, ordinateur, logement etc.) sont la partie « visible » de ce qui est susceptible d'être accordé aux cadres. Ce sont ces avantages qui donnent un certain prestige à un statut convoité des deux côtés des Alpes et qui peuvent ainsi le plus être facilement contestés par les autres catégories de salariés.

Les avantages octroyés aux cadres dirigeants ne sont pas « gratuits » et vont de pair avec des contraintes, notamment sur la durée du travail.

II) Un statut imposant plus de contraintes au salarié

En contrepartie des nombreux avantages dont bénéficie le cadre dirigeant, en France comme en Italie, le statut impose aussi des contraintes.

Lors de la formation du contrat il peut se voir imposer des règles plus strictes par rapport aux autres catégories de salariés (A).

Ensuite, pendant l'exécution du contrat, il échappe pratiquement totalement aux règles protectrices sur la durée du travail (B).

A) Les cadres dirigeants à la merci de contrats atypiques et de clauses contractuelles sévères

De la définition légale de cadre dirigeant posée par l'article L3111-2 du code du travail, la jurisprudence a donc dégagé trois critères cumulatifs :

- une grande indépendance dans l'organisation de l'emploi du temps,
- l'habilitation à une prise de décisions largement autonome
- une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés pratiqués dans leur entreprise.

Un quatrième « critère » découle de ces trois derniers : la participation à la direction de l'entreprise. En France, le juge est appelé à vérifier les conditions réelles d'emploi du salarié concerné, *in concreto,* ce qui est source d'incertitude juridique.

La notion de « grande indépendance » est bien sûr difficile à cerner. La jurisprudence s'est penchée sur la question et a par exemple indiqué qu'en tout état de cause, le salarié ne doit pas recevoir de consignes dans l'organisation de son travail et de son emploi du temps[92]. Si consignes il y a, celles-ci doivent être proportionnées et limitées par exemple à l'assignation d'objectifs, le cadre dirigeant est quoi qu'il en soit soumis au lien de subordination[93]. Ces consignes peuvent également être liées à la nécessité d'assurer la bonne organisation du service.

[92] Cass. soc., 30 nov. 2011, no 09-67.798
[93] CA Versailles, 14 févr. 2013, no 11/00591

En revanche, le fait d'avoir à informer chaque semaine un supérieur de son planning prévisionnel exclut le statut de cadre dirigeant (Cass. soc., 10 juill. 2013, no 12-13.229).[94]

Cette précision faite, nous verrons dans un premier temps les types de contrats pouvant être envisagés (1) avant de voir les clauses contractuelles typiques des cadres dirigeants (2)

1) La formation possible de contrats atypiques

Si le contrat à durée indéterminée est le contrat de droit commun, qui semble par ailleurs le plus approprié pour le cadre dirigeant amené à définir les stratégies de l'entreprise à long-terme, en France (a) comme en Italie (b) certains contrats atypiques peuvent leur être proposés

a) Le cadre dirigeant français et la formation de contrats atypiques

Le contrat de travail à temps partiel

Il n'est pas rare que des cadres dirigeants, qui sont souvent également mandataires sociaux, doivent se partager entre plusieurs sociétés du même groupe, nécessitant ainsi de dresser plusieurs contrats de travail pour ne pas tomber sous le coup d'un prêt de main d'œuvre illicite.
Dans un arrêt de 2015, la chambre sociale de la Cour de cassation a pourtant décidé que le contrat de travail à temps partiel ne suffisait pas pour écarter la qualification de cadre dirigeant.

En l'espèce, un salarié avait été embauché pour un nombre d'heures déterminé (104 heures par mois). La Cour a refusé d'écarter la qualification de cadre dirigeant pour ce motif, même si, en effet, le fait de préciser le nombre d'heures pourrait à première vue

[94] DUPAYS, Alain, JARRY, Jean-Julien, Avocats associé, BARTHÉLÉMY Avocats, avec la collaboration de PHÉRIVONG, Catherine. *Quelles sont les dispositions particulières applicables aux cadres dirigeants ?* Le Lamy temps de travail, Mis à jour 05/2020

apparaître incompatible avec le statut de cadre dirigeant (puisque toute référence à un forfait jours est impossible).

Elle a ainsi statué « que la qualité de cadre dirigeant peut être reconnue à un salarié dont le contrat de travail est à temps partiel »[95].

Dans ce cas, la qualification de cadre dirigeant a cependant été écartée « au motif qu'il était constaté que le salarié, directeur industriel, n'avait aucune autonomie pour organiser librement ses journées de travail ».

Le contrat à objet défini ou contrat de mission

Les cadres peuvent être embauchés à durée déterminée dans le cadre d'un contrat à objet défini, spécialement pensé pour eux.

Ce dispositif s'inscrit dans un courant de « flexisécurité », à savoir un dispositif assurant une plus grande facilité de licenciement pour l'employeur en contrepartie d'indemnités plus importantes pour le salarié.

Celui-ci a été amorcé en France par la loi qui a introduit le contrat de mission qui, à l'origine, a été proposé de façon expérimentale par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, il a par la suite été codifié par la loi du 20 décembre 2014. Il ne concerne que les ingénieurs et les cadres et vise la réalisation d'un projet défini (donc d'une mission). Il est régi par l'article L. 1242-7 du code du travail.
Pour pouvoir être proposé par un employeur il doit avoir fait l'objet d'un accord collectif autorisant cette pratique. Il doit de plus être stipulé par écrit.
Sa durée est de 18 à 36 mois. Il peut être ensuite transformé en contrat à durée indéterminée, ne peut être renouvelé, tandis qu'il peut être interrompu en cours de contrat si :

- L'objet pour lequel il a été conclu s'est réalisé (avec un délai de prévenance de deux mois)

[95] Arrêt n° 1321 du 16 septembre 2015 (14-13.830) - Cour de cassation - Chambre sociale

- Pour un motif réel et sérieux (mais après 18 mois seulement, et ensuite à la date anniversaire de la conclusion du contrat).

La prime de précarité versée en fin de contrat est la même que celle qui est prévue pour un CDD normal (10 %).

La chambre sociale de la Cour de cassation s'est récemment penchée sur la question de la rupture anticipée du CDD à objet défini[96], interprétant de façon stricte la réalisation de l'objet du contrat. Dans cette affaire, une salariée, recrutée pour une durée de 36 mois avait été congédiée (respectant un délai de prévenance de deux mois) moins de 18 mois après le début de son contrat. Le motif invoqué par l'employeur était que l'ensemble des opérations pour lesquelles elle avait été recrutée étaient « sur le point » de s'achever.

La Cour de cassation, assimilant ce type de CDD au CDD de remplacement (pouvant ne pas comporter de terme précis), a indiqué que, dans la mesure où les opérations n'étaient pas complètement achevées, la rupture était abusive puisque l'objet pour lequel le contrat avait été conclu n'était pas réalisé.

En Italie, la règle est sur ce point légèrement différente. Il est tout à fait possible de conclure des contrats à durée déterminée, qui sont plus longs que pour les autres catégories de salariés mais *in fine* plus favorables[97].

b) Des contrats à durée déterminée plus longs pour les *dirigenti* que pour les autres catégories de salariés

Le décret législatif n° 368 du 6 septembre 2001 dispose qu'il est tout à fait possible de conclure des contrats de travail à durée déterminée avec les *dirigenti*. De plus il existe des caractéristiques propres au contrat à durée déterminée des cadres dirigeants italiens.

Ce type de contrat est peu encadré, sauf sur la durée maximale du contrat qui est de cinq ans (contre trois ans pour les autres catégories de salariés). Ensuite, et par dérogation au

[96] Cass. soc. 4-3-2020 n° 19-10.130 FS-PB, A. c/Sté du canal de Provence et d'aménagement de la région provençale

[97] Frigerio, Edoardo. *Il contratto a termine nel rapporto di lavoro del dirigente privato*. Il giurista del lavoro, 4 Luglio 2018

droit commun, le salarié (et seulement lui) peut résilier son contrat à l'issue d'une période de trois ans, sans avoir à invoquer de motif (sous réserve d'un préavis à donner à l'employeur).

Sous cet angle, le *dirigente* italien est privilégié, car il peut se défaire du contrat plus facilement que son homologue français, sans risquer une rupture de contrat par l'employeur, contrairement aux autres catégories de travailleurs.

En effet, pour les « autres » catégories, le principe est le même qu'en France : un contrat à durée déterminée ne peut être librement résilié et doit être porté à terme, sauf inexécution par l'une des parties. Dans ce dernier cas, la partie lésée pourra obtenir des indemnités. L'inexécution est en général une faute grave (*giusta causa*) de la part du salarié ou de l'employeur, interdisant toute poursuite du contrat, sans préavis.

La Cour de cassation italienne, par son arrêt n° 22965/2013 a posé certains principes et notamment précisé que les restrictions sur le recours aux contrats à durée déterminée ne s'applique pas aux *dirigenti*, autorisant de fait sans limitations la conclusion de contrats à durée déterminée.

Pour ce qui est de la différence de traitement avec les salariés bénéficiant d'un contrat à durée indéterminée, il convient de distinguer deux périodes :

Jusqu'en 2015, le contrat de travail à durée déterminée des *dirigenti* était régi par le décret législatif n° 368/2001 qui prévoyait que l'employeur devait respecter un principe de non-discrimination par rapport aux travailleurs à durée indéterminée, quelle que soit la catégorie à laquelle le salarié appartenait. Ce principe était établi par la directive 1999/70 CE concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée disposant que : « Pour ce qui concerne les conditions d'emploi, les travailleurs à durée déterminée ne sont pas traités d'une manière moins favorable que les travailleurs à durée indéterminée comparables au seul motif qu'ils travaillent à durée déterminée, à moins qu'un traitement différent soit justifié par des raisons objectives »[98]

[98] Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée

Ce n'est plus le cas aujourd'hui car, le décret législatif 81/2015 (de mise en œuvre d'une loi de réforme du droit du travail appelée « Jobs act » qui a notamment mis en place l'équivalent des « barèmes Macron ») a exclu les *dirigenti* du champ d'application de ce principe.

Voici une illustration jurisprudentielle, via un arrêt de la Cour de cassation italienne de 2017[99]. Dans cette affaire, un cadre dirigeant avait été embauché avec un contrat à durée déterminée de cinq ans, qui avait ensuite été plusieurs fois renouvelé pour trois ans supplémentaires. Le cadre avait contesté le renouvellement du contrat devant la juridiction prud'homale. Il demandait la poursuite de sa relation avec un contrat à durée indéterminée ou des dommages et intérêts. Pour les autres catégories de salariés, il n'est pas possible d'enchainer les CDD. La demande du salarié avait été rejetée d'abord par les prud'hommes puis par la Cour d'Appel. Ce dernier s'est alors pourvu en cassation. La Haute Cour a justifié la différence de traitement du cadre dirigeant en raison du lien de confiance nécessaire avec l'employeur.

Quant à la négociation collective, les principales conventions collectives de catégorie, ne prévoient rien au niveau des contrats à durée déterminée avec les *dirigenti*, à une exception près. La convention collective applicable aux *dirigenti* des entreprises du tertiaire exige en effet que la durée du contrat soit précisée par écrit au moment de la conclusion du contrat (cet écrit doit également mentionner que le statut attribué est celui de « *dirigente* », les missions confiées ainsi que la rémunération).

On peut raisonnablement penser que cette stipulation peut être étendue à tous les *dirigenti*. Puisqu'en tout état de cause, à défaut d'écrit, la date d'expiration n'apparaîtrait nulle part.

Ceci également au regard du fait que l'article 2721 du code civil italien pose une interdiction générale de la preuve par témoignage des contrats[100].

De plus, la Cour de cassation italienne a eu à connaître de la question de savoir si la durée maximale était prévue par contrat ou pour la somme des contrats éventuellement conclus

[99] Sentenza n. 17010 del 10 luglio 2017
[100] Frigerio, Edoardo. Il contratto a termine nel rapporto di lavoro del dirigente privato. EC Lavoro. 4 luglio 2018

à la suite les uns des autres. Dans ce cas aussi il existe une différence de taille avec les autres catégories de travailleurs qui voient au bout de trois ans leur contrat passer à durée indéterminée.

Dans un arrêt n° 17010/2017, les hauts juges ont souligné le fait que dans la mesure où les *dirigenti* échappent à la réglementation sur le licenciement, le fait que celui-ci soit à durée déterminée doit être vu comme une protection, une garantie de stabilité attachée à la durée du contrat (ne plaçant pas ainsi le *dirigente* dans une position défavorable par rapport aux autres catégories de travailleurs), Pour cette raison, les juges excluent la transformation automatique du contrat à durée indéterminée au-delà de son expiration et la durée maximale de cinq ans est ainsi à considérer pour chaque contrat.

À noter encore sur ce point que le contrat à durée déterminée du *dirigente*, contrairement aux autres catégories de salariés, n'est pas tenu de préciser par écrit les raisons de caractère technique, productif, organisationnel ou de remplacement qui justifient le recours à ce type de contrat.

Une fois le type de contrat établi, certaines clauses vont être insérées, contraignantes, concernant plus particulièrement les cadres dirigeants

2) Les clauses contractuelles contraignantes attachées aux contrats des cadres dirigeants

Pour illustrer notre propos, nous allons prendre un exemple en droit français, celui de la clause de non-concurrence (a) et un exemple en droit italien, celui de la clause de mobilité (b)

a) La clause de non-concurrence fréquemment imposée aux cadres dirigeants français

De par leurs fonctions, les cadres en général et *a fortiori* les cadres dirigeants ont certainement des obligations supplémentaires par rapport aux autres catégories de salariés.

Il en va ainsi pour la clause de non-concurrence qui est souvent insérée dans leur contrat de travail[101]. Pour les cadres dirigeants notamment, elle est souvent imposée par la convention collective, mais il convient de noter que le salarié doit en être informé par l'employeur. La durée de la clause de non-concurrence est fixée conventionnellement ou contractuellement et n'excède pas, en principe, deux ans[102].

Rappelons qu'en France, pour qu'une telle clause soit valable, elle doit :

- être justifiée par l'intérêt légitime de l'entreprise (le risque encouru doit être véritable
- être limitée dans le temps et dans l'espace,
- tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié,
- faire l'objet d'une contrepartie financière non dérisoire,

Ces critères font l'objet d'une interprétation stricte par les juges.

Au moment de la rupture l'employeur peut renoncer à la clause de non concurrence, uniquement si les conditions suivantes sont remplies :

- la renonciation a été prévue dans le contrat de travail ou dans la convention collective,
- le salarié est informé au plus tard le jour de son départ de l'entreprise.

Si ces conditions ne sont pas respectées, la clause sera frappée de nullité relative.

Qu'en est-il en Italie ?

En Italie, l'article 2125 du code civil dispose que la clause par laquelle le salarié, pour la période postérieure à la rupture du contrat, est nulle si elle n'est pas stipulée par écrit, si elle ne fait pas l'objet d'une contrepartie financière et si elle n'est pas limitée par son objet, dans le temps et dans l'espace[103].
Celle-ci ne peut dépasser cinq ans pour les *dirigenti*, et trois ans pour les autres catégories de salariés (dans ce cas aussi le *dirigente* est moins bien traité que les autres catégories

[101] Cavelle, Aurore, Juriste en droit social. *Qu'est-ce qu'un « cadre » dans l'entreprise ?* Les Cahiers Lamy du CE, Nº 117, 1er juillet 2012
[102] CCN des industries chimiques et connexes du 30 décembre 1952. IDCC 44
[103] Rotondi, Francesco e Failla, Luca. Jobs Rules in Italy: Labour law and industrial relations. IPSOA, 2015

de salariés). Si elle est convenue pour une durée supérieure, elle sera automatiquement rapportée à ce niveau.

A noter que, l'employeur italien n'a pas la possibilité de renoncer à la clause à la date de la rupture du contrat comme en France, ou pour la période qui suit pendant la durée prévue. La cour de cassation s'est prononcée sur ce point[104] en relevant que les dispositions de l'article 2125 sont d'ordre public.
En effet, celui-ci ne permet pas qu'il soit d'un côté attribué à l'employeur le pouvoir d'influence unilatéral sur la durée du lien, en éliminant une durée certaine (ce serait source d'insécurité pour le salarié) ; d'autre part les juges ne souhaitent pas que la contrepartie convenue soit remise en cause par la seule volonté de celui-ci. La limitation à la liberté d'emploi du salarié n'est acceptable que lorsque la contrainte est associée à une certaine stabilité permettant au salarié de planifier son avenir professionnel, ce qui est *in fine* comparable à la solution française.

b) L'exemple italien de la clause de mobilité

Quelle que soit la catégorie de salarié, le code civil italien dispose en son article 2113 que le travailleur ne peut être muté d'un établissement de production à un autre que pour des raisons justifiées techniques, organisationnelles ou de production.

La convention collective des cadres dirigeants du secteur de l'industrie[105] prévoit par exemple que le *dirigente* âgé de moins de 55 ans, ou de 50 ans s'il a des enfants mineurs, peut être muté pour les nécessités de l'entreprise. Dans ce cas, il obtiendra le remboursement des frais engagés dans ce cadre pour lui-même et sa famille, ainsi que les éventuels dépassements de frais de logement pendant au moins deux ans et une indemnité de deux à quatre mois de salaire (en fonction des charges de famille). Si le *dirigente* décide de refuser la mutation (il a délai de soixante jours pour présenter sa démission) il aura le droit à une indemnité supplémentaire. Si le salarié est en revanche licencié (sauf cas de faute grave) ou décède dans les cinq ans qui suivent la mutation, l'employeur sera

[104] Cassazione civile, sez. lav., 13/06/2003
[105] D'Arco, Agostino, Direttore ALDAI dal 1982 al 2005 - Consigliere ALDAI-Federmanager. *Contratto Dirigenti Industria 2019-2023*, Dirigenti Industria, 01 ottobre 2019

tenu de rembourser les frais de retour du *dirigente* et/ou de sa famille dans sa ville d'origine

Cependant, l'une des plus grandes particularités des cadres dirigeants, en Italie comme en France, est qu'ils ne sont pas protégés par les règles sur la durée du travail.

B) L'exécution du contrat de travail des cadres dirigeants : Le régime particulier de la durée du travail

Dans ce cas nous aborderons tour à tour la situation française (1) et la situation italienne (2). Celles-ci sont comparables à quelques exceptions près.

1) Les cadres dirigeants et la durée du travail

En raison de la liberté accordée au cadre dirigeant dans l'organisation de son temps de travail est qu'il n'est pas protégé par la règlementation française sur la durée du travail (a). Il est cependant possible d'établir des conventions de forfait (b)

a) Le cadre dirigeant échappant presque totalement aux règles protectrices du droit du travail

L'article L3111-2 dispose en son premier alinéa que « Les cadres dirigeants ne sont pas soumis aux dispositions des titres II et III. ».
Le titre II concerne la durée du travail, la répartition et l'aménagement des horaires.
Le titre III concerne quant à lui les repos et jours fériés.

Cette disposition n'est bien sûr pas d'ordre public et peut ainsi être aménagée conventionnellement ou contractuellement. La chambre sociale de la Cour de cassation l'indique dans un arrêt du 27 juin 2012 (justifiant par là même le travail dominical de cette catégorie de travailleurs) : « en l'absence de dispositions expresses, le régime de compensation financière liée au travail effectué le dimanche et les jours fériés, prévu par un accord collectif ne s'applique pas aux cadres dirigeants »[106]

[106] Cass., Soc. 27 juin 2012

Compte tenu des responsabilités qui leur incombent, le temps de travail des cadres dirigeants est extrêmement souple. En contrepartie d'une grande liberté offerte (voire imposée) quant à leurs horaires de travail, ils ne bénéficient pas du régime des heures supplémentaires, des jours de RTT (Réduction du temps de travail) qui sont liés au forfait jours[107] et donc incompatibles avec le statut de cadre dirigeant, ni de la durée maximale hebdomadaire ou mensuelle. Ils peuvent ainsi appelés à travailler le dimanche. Ils bénéficient en revanche de la protection des titres IV et V visant les congés payés et les congés pour événements familiaux, et du repos obligatoire des femmes en couche.

Rappelons pourtant que la législation sur la durée du travail revêt un caractère d'ordre public en raison de son lien direct avec la santé et la sécurité des salariés. C'est l'une des raisons pour lesquelles la notion de cadre dirigeant doit être interprétée de manière très stricte[108]. Pour ceci, le souhait du législateur était de restreindre le nombre de cadres dirigeants au « premier cercle concentrique autour du chef d'entreprise ». C'est en ce sens que les juges sont amenés à vérifier que le cadre dirigeant « dirige ».

Par ailleurs, dans un arrêt du 29 juin 2011[109], la chambre sociale de la Cour de cassation a rappelé à propos d'un cadre qui avait signé une convention de forfait en jours que « le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles ». Les cadres dirigeants semblent cependant exclus, Cependant, selon la jurisprudence, l'obligation de sécurité de résultat pesant sur l'employeur concerne aussi les cadres dirigeants[110]. Elle a ainsi précisé dans l'arrêt du 30 novembre 2011[111] que « l'employeur ne saurait s'exonérer de son obligation de sécurité au motif que le salarié victime a la qualité de cadre dirigeant ». On est donc en droit de supposer que la santé du salarié, tout cadre dirigeant soit-il, serait menacée si son employeur exigeait de lui un nombre excessif d'heures de travail.[112]

---

[107] Halimi, Gabriel et Dechaumet Fries, Sophie. *Le statut de cadre dirigeant incompatible avec une référence contractuelle au forfait-jours*. Jurisprudence Sociale Lamy, Nº 440, 26 octobre 2017
[108] Cass. Soc., 31 janvier 2012, Arrêt n° 271 FS - P+B+R
[109] Cour de cassation, Chambre sociale, Arrêt nº 1656 du 29 juin 2011, Pourvoi nº 09-71.107
[110] Hautefort, Marie. *Le cadre dirigeant est celui qui dirige*. Jurisprudence Sociale Lamy, Nº 317, 8 mars 2012
[111] Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 30 novembre 2011, 09-67.798 10-17.552, Publié au bulletin
[112] Champeaux, Françoise. Le premier cercle de pouvoir entourant le chef d'entreprise. Semaine Sociale Lamy, Nº 1525, 13 février 2012

En France, il est néanmoins possible de conclure des conventions de forfait. Il convient cependant de faire preuve de prudence, pour ne pas risquer de voir le statut remis en cause par les juges du fond.

b) Une particularité française : le recours aux conventions de forfait

Redéfinies par la Loi Travail de 2016 et codifiées aux articles Article L3121-53 et suivants du Code du travail, une convention de forfait est un accord par lequel l'employeur et le salarié conviennent d'une rémunération forfaitaire globale pour toutes les heures de travail effectuées sans distinction entre les heures normales et les heures supplémentaires. Il existe des forfaits en heures et en jours, qui s'appliquent en général aux cadres « autonomes ».
Il convient de préciser tout de suite qu'une convention individuelle de forfait ne s'applique pas aux cadres dirigeants[113].

Pour cette raison, la jurisprudence a décidé que la conclusion d'un forfait jours était incompatible avec la qualification de cadre dirigeant[114], précisément parce qu'il ne relève pas des dispositions du code du travail sur la durée du travail, les repos et les jours fériés. Nous rappelons qu'une convention de forfait (qui peut être établie en jours ou en heures) a pour objet de certes déroger à la durée légale du travail, mais a également pour effet de déterminer un nombre de jours travaillés sur l'année. À partir du moment où le salarié se voit « limiter » d'une certaine façon le nombre d'heures de travail est un indice du fait qu'il n'échappe pas aux règles protectrices du droit du travail et qu'il n'est donc pas cadre dirigeant.

Une solution aurait pu être de priver la convention de forfait de ses effets. Ce n'est pas le cas, puisque les juges décident d'écarter la qualification de cadre dirigeant.

[113] Robillard, Pierre, Avocat. *Les cadres peuvent-ils accomplir des heures supplémentaires* ? Le Village de la justice. Juin 2014
[114] Cass. soc. 7-9-2017 n° 15-24.725 FS-PB, Sté Options Centre-Est c/ M.

La même sanction est prévue lorsqu'il est précisé dans son contrat que le salarié peut refuser d'effectuer des heures supplémentaires et qu'il est soumis à l'horaire de l'entreprise[115]

Concernant les cadres dirigeants, les conventions collectives parlent de « forfait sans référence horaire ».

L'articulation avec la convention collective

Concernant la durée du travail, un grand rôle est accordé à la négociation collective qui va pouvoir déroger à certains aspects légaux, prévoir des règles plus ou moins favorables que la loi.
Concernant la conclusion d'un forfait sans référence horaire (à l'instar des forfaits annuels en jours ou en heures – article L 3121-39 du Code du travail), celui-ci doit être prévu par une convention collective.
Même si elles sont souvent silencieuses sur ce sujet, dans certains cas, les conventions collectives (c'est le cas par exemple de la convention collective des services de l'automobile, prévoyant des dispositions plus favorables que la loi) imposent que soient mises en évidence « les modalités d'exercice des responsabilités, qui impliquent une indépendance et une autonomie particulières justifiant le forfait sans référence horaire » soit indiqué dans le contrat de travail du salarié, ou dans un avenant, les modalités d'exercice des responsabilités justifiant l'application au salarié d'un forfait sans référence horaire.

Les sanctions encourues

Dans ce cas aussi, la sanction dégagée par la Cour de cassation est très sévère puisque, cette condition, qui s'ajoute aux trois critères légaux déjà prévus, si elle n'est pas respectée, entraîne purement et simplement la nullité du statut de cadre dirigeant.[116]

[115] Cass. soc. 27-3-2013 n° 11-19.734 FS-PB : RJS 6/13 n° 453
[116] Cass. soc. 6 avril 2011, n° 07-42.935

À noter que cette solution édictée par la Cour de cassation est bien entendu transposable à toutes les conventions collectives qui imposent des stipulations contractuelles comparables.[117]

La Cour de cassation retient que « l'exclusion, pour cette catégorie de cadres, de la réglementation de la durée du travail est subordonnée à l'existence d'un document contractuel écrit mentionnant les modalités d'exercice des responsabilités justifiant le forfait sans référence horaire ».
Ainsi, à défaut de contrat écrit liant les parties, le droit commun doit être appliqué, les heures supplémentaires et les indemnités de repos compensateur sont dues, le forfait étant frappé de nullité.[118]

Il convient ainsi de faire très attention à la rédaction des contrats de travail et vu l'enjeu de privilégier l'écrit.

Un exemple de clause :

« Compte tenu de l'importance de ses responsabilités et de sa participation à la direction de l'entreprise, Mme/M. X a la qualité de cadre dirigeant, relevant de l'article L 3111-2 du Code du travail.
Elle/Il n'est donc pas soumis.e aux dispositions du Code du travail sur la durée du travail, le repos hebdomadaire et les jours fériés (Code du travail, troisième partie, livre Ier, titres II et III).
Elle/Il bénéficiera d'une rémunération mensuelle brute de « Montant de la rémunération » euros.
Cette rémunération est forfaitaire et indépendante du temps passé par Mme/M. X à remplir ses fonctions. »

Voyons à présent de quelle façon est traitée la question en Italie

[117] Squire Patton Boggs. Justification du forfait sans référence horaire des cadres dirigeants. DROIT SOCIAL, 06 juin 2011
[118] Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 6 avril 2011, 07-42.935, Publié au bulletin

2) Les *dirigenti* et la durée du travail.

En Italie la règle est la même qu'en France (a). Il existe cependant une limite marquée quant à l'obligation de l'employeur de préserver l'intégrité physique de son salarié (b)

a) Les *dirigenti* échappant eux aussi aux règles protectrices du droit du travail

L'article 1 du décret législatif n° 66/2003, régissant l'organisation de la durée du travail dispose que la durée normale de travail est de 40 heures par semaine, que la négociation collective peut fixer une durée inférieure et moduler l'horaire normal sur une durée ne dépassant pas un an.). L'article 17 exclut les *dirigenti* (ainsi que le personnel de direction au sens large) des règles sur la durée du travail, les repos journaliers et les pauses.
Ceci s'explique en raison du lien de confiance existant entre le salarié et son employeur et de la particularité de la mission du *dirigente* dont les tâches ne sont pas définies de façon rigide par l'employeur[119].

Il convient cependant de faire une précision importante, à savoir que la même règle s'impose aux cadres et aux employés « de direction ». Ceci explique certainement en partie pourquoi, en cas de (rare) contentieux à l'initiative du *dirigente,* les heures supplémentaires ne seront pas invoquées. Par ailleurs, le fait d'échapper aux règles sur la durée du travail est une façon de ne pas plafonner le nombre d'heures, mais aussi de ne pas imposer un minimum (les cadres et les *dirigenti* ne pointent pas !)

Quant aux conventions collectives applicables aux *dirigenti*, elles se contentent de rappeler la particularité des fonctions occupées par ces derniers ainsi que leurs responsabilités, avant d'indiquer que leur mission n'est pas quantifiable, tout en ayant tendance à la rapporter globalement à l'horaire en vigueur dans l'unité à laquelle ils sont rattachés.[120]

[119] Francesco, Rotondi, Studio Legale Failla Rotondi & Partners. *Codice commentato del rapporto di lavoro, Dottrina e giurisprudenza*. IPSOA, 2013
[120] Dui, Pasquale. *Il lavoro dirigenziale e il superamento dei limiti orari a tutela della salute*. Leadership e Management. Magazine di informazione manageriale. 29 Gennaio 2018

Ceci peut paraître contradictoire. En réalité, la volonté, dans ce cas, est de concilier la particularité du statut et le principe dérivant de l'article 32 de la Constitution italienne de protection de l'intégrité physique du travailleur.

Il existe ainsi des limites, clairement établies, à ne pas franchir

b) Une limite à ne pas dépasser, le droit à l'intégrité physique du *dirigente*

L'article 2087 du code civil italien dispose que le chef d'entreprise est tenu d'adopter les mesures qui, en fonction de la particularité du travail sont nécessaires pour préserver l'intégrité physique et la santé mentale des travailleurs, quelle que soit leur catégorie.

Il existe une limite « raisonnable » que l'employeur ne saurait dépasser. Cette limite correspond à la quantité de travail qui peut être tolérée par le travailleur sans conséquences préjudiciables pour sa santé physique et mentale (les Italiens appliquent la notion de « dommage biologique »), faisant l'objet d'une appréciation *in concreto* par les juges du fond, par rapport à la nature des fonctions exercées par le salarié et par les exigences effectives de service propres au secteur dans lequel l'entreprise opère. En d'autres termes, le *dirigente* ne doit pas travailler plus que le secteur ne l'impose ni dans des proportions anormales ou dans une mesure qui serait contraire au droit à la santé garanti par la Constitution[121].

Dans ce cas, c'est le *dirigente* qui devra démontrer :

- qu'il a dépassé une limite raisonnable
- les horaires effectués pendant sa journée de travail[122]

Ce dernier critère est particulièrement exigeant en ce sens que les juges demandent au salarié d'apporter la preuve « rigoureuse, ponctuelle, précise et spécifique » du travail effectué au-delà de la limite qui précède, ce qui s'avère particulièrement difficile à démontrer.

[121] Cass. 12367/2003; Cass. 11616/1999
[122] Cass. 5598/1987; Cass. 6145/1985

Quant à l'employeur, s'il s'oppose à la demande en invoquant un rythme exceptionnel, il devra en fournir la preuve[123].

En cas de dépassement de la limite raisonnable, le salarié a droit à des dommages-intérêts, qui seront dus quand bien même aucun préjudice n'aurait été subi, pour le simple fait que cette limite a été dépassée[124].

La somme est appréciée *in concreto* par le juge se basant sur le principe constitutionnel selon lequel la rémunération doit toujours être proportionnée au travail fourni.[125]

La quantité de travail imposée ne doit donc pas être abusive, que ce soit en France ou en Italie.

Après avoir abordé les particularités liées à la formation et à l'exécution du contrat de travail du cadre dirigeant, nous allons nous pencher sur les spécificités de la rupture du contrat.

[123] Cass. 2363/1989
[124] Cass. 19 février 1992, n° 2070
[125] En France, le juge qui ne reconnaît pas le statut de cadre dirigeant calcule les indemnités en se basant sur le nombre d'heures supplémentaires effectuées sans avoir été rémunérées

DEUXIEME PARTIE : LES PARTICULARITES LIEES A LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL DU CADRE DIRIGEANT ET DU *DIRIGENTE*

La rupture du contrat de travail du cadre dirigeant présente de nombreuses particularités. C'est à ce moment qu'émergent en France toutes les problématiques liées à ce statut.

Nous étudierons ainsi la rupture à l'initiative du salarié uniquement en France. La situation italienne ne présentant pas d'intérêt particulier, en nous concentrant sur la prise d'acte de la rupture et la demande en résiliation judiciaire (I).

Quant au licenciement, il représente l'une des plus grandes particularités attachées au statut du *dirigente*. Nous l'étudierons donc avant d'envisager le contentieux français qui naît dans le cadre des licenciements. Le salarié va en effet pouvoir se tourner vers le juge pour remettre en cause son statut de cadre dirigeant et se faire reconnaître les heures supplémentaires qui ne lui ont pas été payées pendant l'exécution du contrat (II).

I – La rupture à l'initiative du salarié en France

Lorsque la rupture est à l'initiative du salarié, il s'agit classiquement d'une démission. Dans ce cas les indemnités qui lui sont dues correspondent à celles qui ont été éventuellement négociées lors de son recrutement (parachutes dorés, stock-options etc).

Précisons que le salarié travaillant sous contrat à durée indéterminée est libre de démissionner à tout moment mais ne peut mettre fin immédiatement à son contrat. Il doit à son employeur un préavis qui est généralement prévu par la convention collective ou par les usages.

Si le salarié ne respecte pas le préavis, il devra à l'employeur une indemnité égale à la rémunération qu'il aurait touchée s'il avait travaillé pendant le préavis.

Cependant, dans certains cas, le cadre va tenter d'entamer une négociation le conduisant à la rupture conventionnelle de son contrat (A) ou invoquer une faute de son employeur pour aboutir à une prise d'acte de la rupture ou à la résiliation judiciaire de son contrat (B)

A) La rupture conventionnelle

La rupture conventionnelle est issue de la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008, codifiée à l'article L.1237-11 du Code de commerce. Avant ceci cette modalité de rupture était admise sur le fondement de l'article 1134 du code civil mais peu pratiquée et faisait l'objet de suspicion à l'égard des employeurs (notamment pour les non-cadres qui avaient un pouvoir de négociation certainement moindre).

Il convient de préciser que la rupture conventionnelle n'est pas toujours accordée par l'employeur s'il estime que le salarié est fautif. C'est en revanche un outil certainement intéressant qui évite à la société de ternir son image avec un contentieux.

La rupture conventionnelle est encadrée et prévoit une procédure rigoureuse (1). Nous l'illustrerons par un exemple jurisprudentiel spécifique au statut de cadre dirigeant (2).

1) La procédure très encadrée de la rupture conventionnelle

La rupture conventionnelle est bien encadrée. Elle ne concerne que les contrats à durée indéterminée et ne s'applique pas aux dispositions relatives aux licenciements pour motifs économiques.

Il s'agit d'une convention qui va définir, une fois signée par les parties, les conditions de la rupture et notamment le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle qui ne peut être inférieure à l'indemnité légale de licenciement. C'est le gros avantage de ce type de rupture.

L'indemnité légale de licenciement ne peut être inférieure aux montants suivants :

1/4 de mois de salaire par année d'ancienneté pour les 10 premières années,
1/3 de mois de salaire par année d'ancienneté à partir de la 11e année[126].

[126] Direction de l'information légale et administrative (Premier ministre), Indemnité de licenciement du salarié en CDI. www.service-public.fr, Vérifié le 25 juin 2020

Ainsi, l'employeur est tenu de reconnaître au minimum ce que le salarié aurait pu prétendre s'il avait été licencié (sauf faute grave ou faute lourde).

La convention est précédée d'un ou plusieurs entretiens au cours desquels chaque partie peut se faire assister par un conseiller ou un avocat (pléthore de sites internet de cabinets d'avocats offrent d'ailleurs leurs services pour négocier l'indemnité de départ des cadres dirigeants).

La procédure légale qui s'ensuit est logiquement assez stricte.
Un délai de quinze jours calendaires de rétractation est prévu pour les deux parties.
Le droit de rétractation peut prendre la forme d'une lettre recommandée avec avis de réception ou d'une lettre remise en main propre contre décharge.

Passé ce délai, la convention de rupture conventionnelle va être envoyée à l'administration du travail (DIRECCTE) qui aura 15 jours ouvrables (délai d'instruction) pour vérifier le libre consentement des parties.

À défaut de réponse, l'homologation de la rupture conventionnelle est réputée acquise et l'autorité administrative est dessaisie. L'administration peut cependant refuser l'homologation en cas par exemple de non-respect relatif à l'assistance du salarié ou dans l'hypothèse d'indemnités conventionnelles inférieures au minimum légal (ce qui a peu de chances de se produire dans le cas d'un cadre dirigeant).

En cas de contentieux après l'homologation, en cas notamment de vice du consentement, le Conseil des Prud'hommes retrouve sa compétence, les recours devant être formés dans un délai de 12 mois à compter de la date d'homologation, à peine d'irrecevabilité.

Illustrons notre propos par un exemple.

2) Un exemple jurisprudentiel concernant un cadre dirigeant

Dans un arrêt du 16 septembre 2015[127], une rupture conventionnelle entre un employeur et un cadre dirigeant a été annulée pour vice du consentement du salarié. Par ailleurs, le statut de cadre dirigeant a lui aussi été remis en cause.
En l'espèce, un salarié avait été engagé en qualité de directeur industriel à temps partiel avec le statut de cadre dirigeant. L'employeur lui avait dans un premier temps proposé une rupture conventionnelle en le convoquant à un entretien. La convention n'ayant pas été signée, quelques jours plus tard le salarié avait reçu une lettre recommandée le convoquant à un entretien préalable en vue de son licenciement pour faute grave. Les parties ont, le même jour, signé une convention de rupture.
Par suite, le salarié a saisi la juridiction prud'homale pour voir juger qu'il a signé la rupture conventionnelle sous la contrainte.

Les juges du fond ont retenu que le consentement du salarié avait été vicié, en ce que s'il n'avait pas signé la convention de rupture il aurait été licencié. Le salarié n'était ainsi pas libre de son choix, puisque la décision de quitter l'entreprise lui était imposée. Ce sont les pressions exercées sur le salarié qui l'ont contraint à signer la convention.

Enfin, le dispositif de la rupture conventionnelle présente un autre avantage, plus favorable au salarié que la démission puisque la rupture conventionnelle ouvre droit à l'assurance chômage.

Il se peut cependant que le cadre dirigeant invoque une faute de son employeur.

B) La prise d'acte ou la rupture judiciaire

Le cadre dirigeant qui souhaite invoquer la faute de son employeur peut prendre acte de la rupture du contrat (1) ou demander la résiliation judiciaire (2)

[127] Cass. soc. 16 septembre 2015 n° 14-13.830 (n° 1321 FS-PB), Sté Roctool c/ R.

1) La prise d'acte comme alternative à la démission en cas de faute de l'employeur

La prise d'acte est une alternative à la démission. Le salarié va « prendre acte » de la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur. Il va cesser de travailler, après avoir notifié sa décision à son employeur, puis saisir le juge prud'homal. Si ce dernier reconnaît le manquement, la prise d'acte produira les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il doit cependant pouvoir prouver que celui-ci a manqué gravement à ses obligations contractuelles.
Après certaines dérives initiales, par une série d'arrêts du 25 juin 2003 la chambre sociale de la Cour de Cassation en a précisé le régime[128].

Lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail, cette rupture produit les effets d'un licenciement non-causé uniquement si les faits reprochés par le salarié à l'employeur sont fondés. Si ce n'est pas le cas (si aucun grief réel et sérieux ne peut être reproché à l'employeur) la rupture produira les effets d'une démission.
Les juges ont précisé que les manquements reprochés doivent être suffisamment graves (par exemple, en cas de défaut de paiement du salaire ou en cas de violence physique) et que cela doit faire obstacle à la poursuite du travail.

Un exemple jurisprudentiel concernant un cadre dirigeant

Par exemple, pour ce qui est d'un cadre dirigeant, la chambre sociale de la Cour de cassation a validé la prise d'acte de la rupture par un salarié de la chaîne de télévision TF1[129].
Dans cette affaire, le salarié, directeur des magazines et des opérations spéciales, ainsi que responsable et animateur d'un magazine au sein de la chaîne, avait pris acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de l'employeur au motif qu'après le départ de la co-animatrice du magazine, il n'avait pas été consulté sur le choix de sa remplaçante.
La question était de savoir si le manquement de l'employeur à ses obligations contractuelles était suffisamment grave pour justifier la rupture à ses torts par le salarié.

[128] Soc., 25 juin 2003, n°01-42.679
[129] Cass. soc. 24 octobre 2012 n° 11-23.469 (n° 2220 F-D), Sté Télévision Française c/ Hugues.

Selon la Cour d'appel, tel était bien le cas, eu égard aux fonctions dirigeantes du demandeur et de la renommée du magazine qu'il co-présentait. L'employeur avait ainsi porté atteinte aux attributions de son salarié en lui imposant une co-présentatrice sans le consulter.
La Cour de cassation valide ce raisonnement. Elle approuve la Cour d'appel d'avoir jugé qu'en agissant ainsi, l'employeur avait « porté atteinte aux attributions du salarié ».
C'est précisément le fait que le salarié était cadre dirigeant qui justifie la validité de la prise d'acte. Du fait de ses fonctions élevées au sein de la chaîne de télévision, il aurait dû être consulté lors d'un choix de la co-présentatrice. On comprend que la solution aurait été différente si le salarié n'avait pas eu des fonctions de direction.

En cas de faute de l'employeur ou dans le cadre d'une procédure de licenciement, le salarié va pouvoir saisir le juge pour invoquer la résiliation judiciaire du contrat de travail.

2) La résiliation judiciaire

La procédure est dans ce cas plus formelle. Le salarié doit dans ce cas d'abord saisir le Conseil des prud'hommes en présentant les motifs de la rupture du contrat. Il continuera de travailler pendant la procédure. Si les faits reprochés à l'employeur constituent un manquement grave, la résiliation sera prononcée aux torts de l'employeur et prendra les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Des dommages-intérêts seront alors reconnus au salarié.

En France, la résiliation judiciaire, prend une importance particulière lorsque l'on parle de cadres dirigeants puisqu'elle va être souvent demandée par le salarié qui va tenter de remettre en cause devant le juge son statut de cadre dirigeant pour pouvoir bénéficier des règles protectrices du droit du travail, notamment en termes de durée, en vue d'obtenir des rappels d'heures supplémentaires.

Souvent, la demande de résiliation judiciaire interviendra dans le cadre d'une procédure de licenciement à l'initiative de l'employeur. Le salarié licencié va ainsi tenter de remettre en cause son statut pour obtenir les sommes auxquelles il n'aurait pas droit en tant que cadre dirigeant (notamment les heures supplémentaires).

II) La rupture à l'initiative de l'employeur

Dans le cadre de notre étude comparée entre le modèle italien et le modèle français, la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur révèle toutes les différences entre les deux systèmes, et révèle surtout les limites du modèle français, puisque ce dernier donne lieu à un abondant contentieux.

En Italie en revanche, selon un avocat spécialiste du droit du travail, associé du cabinet d'avocats Lablaw de Milan, en termes de licenciements individuels, 10 % seulement des licenciements de cadres dirigeants ouvrent à un différend entre employeur et salarié, dont 10 % aboutit *in fine* à une procédure judiciaire. La très grosse majorité des licenciements aboutissent sur un accord à l'amiable.

Nous étudierons le licenciement individuel en Italie et en France (A) avant d'envisager le licenciement collectif (B)

A) Le licenciement individuel des cadres dirigeants, très souple en Italie et source de contentieux en France

C'est ici que la différence entre le *dirigente* et le cadre dirigeant est la plus intéressante.

La particularité italienne est que le *dirigente* (à l'instar du dirigeant français dans la SA) est révocable à tout moment *ad nutum* ou pour juste motif (*giustificatezza*) si la convention collective applicable le prévoit (ce qui est en général le cas). Si le licenciement n'est pas justifié, alors l'employeur sera tenu de verser une indemnité supplémentaire (*indennità supplementare*) dont le montant est prévu par les conventions collectives, ce qui permet *de facto* aux entreprises de connaître le prix qu'elles devront payer pour se défaire d'un salarié devenu « encombrant » (1). En France en revanche, les contentieux sont nombreux, ce qui fragilise ce statut pourtant intéressant (2)

1) Le licenciement *ad nutum* du *dirigente* italien

Si ce n'est que celui-ci doit être notifié par écrit, le rapport de confiance liant un *dirigente* à son employeur justifie le fait qu'il ne bénéficie pas des règles protectrices du droit du travail en matière de licenciement individuel[130].

Comme nous l'avons dit cette notion n'est pas comparable, en droit français, à celle de cause réelle et sérieuse ou à celle de faute, mais serait plutôt à rapprocher de la situation de certains mandataires sociaux dont la révocation a lieu pour juste motif (gérant de SNC et le gérant de SARL, le directeur général de SA).

Il suffit en effet, pour que le licenciement soit valable qu'un motif soit invoqué (si la convention collective le prévoit, ce qui est souvent le cas), que celui-ci ne soit pas discriminatoire ni arbitraire. Le motif doit être objectif et vérifiable (justifiant la perte de confiance). Du côté de l'employeur, il convient également de respecter des principes de loyauté et de bonne foi.

La perte du lien de confiance existant entre l'employeur et le salarié permet souvent de justifier le licenciement (a). Par ailleurs en Italie, contrairement à ce qu'il se passe en France, le salarié va revendiquer le statut de *dirigente* qu'il n'a pas pour bénéficier des indemnités de licenciement très favorables prévues par les conventions collectives (b)

a) L'importance du lien de confiance justifiant la rupture du contrat de travail

La question a évidemment été largement traitée par la jurisprudence qui a établi que la *giustificatezza*, n'est pas comparable à la notion de licenciement pour faute grave comme pour les autres catégories de salariés (*giusta causa*) qui rendrait impossible toute poursuite du contrat de travail, mais qu'il s'agit plutôt de faits ou de conduites entraînant typiquement une perte de confiance de l'employeur envers son salarié.[131]

[130] Loi n° 604 du 15 juillet 1966
[131] Cass. 5 octobre 2007 n° 20895

La Cour de cassation fait ainsi peser sur le *dirigente* une obligation de diligence supérieure à celle des autres catégories de salariés puisque de son travail dépend parfois la survie de la société[132]. En l'espèce, il s'agissait d'un cadre dirigeant travaillant au sein d'un établissement bancaire. Les juges ont relevé que sa mission, en ce que situé au sommet de l'organigramme de l'entreprise, conditionnait directement la bonne marche de l'entreprise et impliquait ainsi un rapport de confiance avec l'employeur. Selon les juges, il en découle une obligation renforcée de diligence qui est violée lorsque le salarié consent à la clientèle des lignes de crédit anormales faisant prendre à la banque des risques dépassant la gestion courante des contrats de prêt[133].

Il existe aussi le cas du licenciement infligé lorsque le salarié n'a pas atteint l'objectif qui lui avait été attribué. Si tel est le cas, cet objectif doit être précisé par écrit et en rapport avec la mission du *dirigente*[134]. La Cour de cassation retient dans ce cas que l'employeur doit en rapporter la preuve[135].

Il a par exemple été considéré comme justifié un licenciement en raison d'une restructuration de la société à la suite d'une crise économique, précisément en raison du fait que le juste motif ne doit pas nécessairement correspondre à l'impossibilité de poursuivre le contrat ni à une situation de crise grave rendant le contrat trop onéreux, pourvu que les principes de loyauté et de bonne foi soient respectés (si c'est le cas le licenciement est légitime). Ces principes devant être articulés avec le droit pour l'employeur de choisir les personnes avec lesquelles collaborer aux niveaux les plus élevés de la société.[136]

Le juste motif est donc un critère spécifique au *dirigente*, car le licenciement est souvent lié aux objectifs de la société et au rapport avec l'employeur. Ce critère est donc très large puisqu'il suffit d'invoquer un motif qui n'est pas arbitraire.

Si le licenciement n'est pas justifié, l'employeur, en cas de litige, sera condamné à verser l'indemnité supplémentaire prévue par les conventions collectives (voir *infra*). Il incombe

[132] Cass. 12 janvier 2009 n° 394
[133] Rotondi, Francesco. *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*. 2° edizione. IPSOA Manuali, 2017
[134] Tribunal de Milan 09 octobre 2007
[135] Cass. 4 avril 2005. n° 6939
[136] App. Bologne, 26 février 2009

dans ce cas à l'employeur de rapporter la preuve que le licenciement n'est pas arbitraire[137].

En tout état de cause, le salarié licencié sera amené à effectuer son préavis, sauf dispense de la part de l'employeur. Dans ce cas-là le salarié, en cas de licenciement injustifié, percevra une indemnité compensatrice de préavis en plus de l'indemnité supplémentaire. Ce sera également le cas en cas de litige à l'issue d'un licenciement infligé au salarié pour faute empêchant la poursuite du contrat de travail et justifiant l'éloignement immédiat du salarié, sans préavis.

La procédure de licenciement des *dirigenti*

Même s'il s'agit d'un *dirigente*, en cas de licenciement individuel pour motif personnel, l'employeur devra suivre une procédure de licenciement, prévue par l'article 7 du *Statuto dei Lavoratori* applicable à toutes les catégories de salariés (comparable à la procédure française : le salarié doit se voir notifier les faits reprochés et doit pouvoir se défendre, il peut se faire assister par un représentant syndical)[138].

La jurisprudence a longuement hésité sur le point de savoir si les *dirigenti* étaient visés par cette procédure. Dans un arrêt de 1995, il a été statué que les garanties du contradictoire ne s'appliquaient pas au *dirigente* en raison du rapport de confiance particulier excluant par-là l'expression du pouvoir disciplinaire de l'employeur. Cette jurisprudence s'est maintenue pendant plusieurs années.

À partir de 2003 en revanche la procédure disciplinaire peut être exclue, mais uniquement pour les *dirigenti apicali* placés au sommet de l'organisation, contrairement aux *pseudo-dirigenti*[139] (voir *infra*).

[137] Cass. 19 août 2004 n° 12263
[138] Articolo 7 Statuto dei lavoratori, (L. 20 maggio 1970, n. 300), [Aggiornato al 07/10/2016]
[139] Cass. 13 mai 2005 n° 10058

Le revirement devient complet en 2007, lorsqu'il est fait obligation d'appliquer la procédure à tous les *dirigenti*, quelle que soit leur position dans l'organigramme de la société[140]. Cette position a encore été récemment confirmée[141].

Dans une décision récente, la Cour de cassation italienne, à propos du lien de confiance nécessaire entre l'employeur et le salarié[142] a rappelé que l'exécution du contrat de travail, caractérisée par la relation complexe existant entre employeur et salarié est basée sur le lien de confiance, et que c'est précisément cette confiance (associée à l'*intuitu personae*) qui justifie la distinction du salarié d'un niveau plus élevé par rapport à l'employé et la possibilité du licenciement *ad nutum*.

La question de l'indemnité supplémentaire (*indennità supplementare*)

Il s'agit d'une protection conventionnelle destinée à indemniser le *dirigente* en cas de licenciement injustifié. Cette règle a été introduite pour mitiger les effets du licenciement *ad nutum* (dans la pratique le *dirigente* peut être révoqué *ad nutum*, car si le motif invoqué est retenu arbitraire, le salarié percevra cette indemnité de droit).

En général, cette indemnité est négociée entre le salarié et l'employeur, avant tout contentieux.

Ainsi, lorsque le licenciement n'est pas fondé sur la *giustificatezza*, la rupture du contrat de travail ne saurait être remise en cause (même s'il est jugé arbitraire), simplement il sera en droit de percevoir l'indemnité supplémentaire.

À noter que, en fonction des conventions collectives, le montant de cette indemnité est comprise entre :

- Le nombre de mois de salaire (sur la base de la dernière rémunération) dû au salarié au titre du préavis et
- Un maximum allant de 18 à 24 mois de salaire (selon la convention collective applicable).

[140] Cass. SS UU 30 mars 2007, n° 7880
[141] Rotondi, Francesco. *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*. IPSOA Manuali, 2017
[142] Cass. n. 9955/2018

Ce montant peut augmenter en fonction de l'âge du *dirigente* (et donc de ses possibilités concrètes de retrouver un emploi).

Les deux conventions les plus représentatives en Italie indiquent ce qui suit :

- La *CCNL dirigenti Industria* prévoit une indemnité qui augmente avec l'ancienneté, selon les critères suivants : (i) jusqu'à 2 ans d'ancienneté : 2 mois de salaire ; (ii) entre 2 et 6 ans d'ancienneté : de 4 à 8 mois de salaire ; (iii) entre 6 et 10 ans d'ancienneté : de 8 à 12 mois de salaire ; (iv) entre 10 et 15 ans d'ancienneté : de 12 à 18 mois de salaire ; (v) au-delà de 15 ans d'ancienneté : de 18 à 24 mois. Ces dispositions ne s'appliquent pas en cas de licenciement collectif.

- La *CCNL dirigenti Commercio* prévoit en fonction de l'ancienneté du salarié : (i) jusqu'à 4 ans d'ancienneté : de 4 à 8 mois de salaire ; (ii) entre 4 et 6 ans d'ancienneté : de 6 à 12 mois de salaire ; (iii) entre 6 et 10 ans d'ancienneté : de 8 à 14 mois de salaire ; (iv) entre 10 et 15 ans d'ancienneté : de 10 à 16 mois de salaire ; (v) au-delà de 15 ans d'ancienneté : de 12 à 18 mois. Si le *dirigente* a conservé son statut pendant plus de dix ans cette indemnité sera augmentée en fonction de l'âge du salarié (de 4 à 6 mois de salaire entre 50 ans et l'âge prévu pour la retraite).

Le montant exact est laissé à l'appréciation souveraine du juge du fond.

En Italie, lorsqu'il y a contentieux, souvent ce n'est pas à l'origine du *dirigente*, mais à l'origine d'un salarié de catégorie inférieure qui va revendiquer ce statut.

b) La revendication du statut de *dirigente* par les salariés italiens

Contrairement à la France où le contentieux consiste souvent, pour le salarié à chercher à remettre en cause son statut de cadre dirigeant, en Italie c'est en général le contraire qui se produit. Le salarié cadre ou employé va tenter de démontrer qu'il remplit en réalité les conditions pour pouvoir appartenir à la catégorie des *dirigenti* et demander ainsi l'indemnité supplémentaire de licenciement et de préavis. Ceci démontre que le statut de

dirigente, malgré le licenciement extrêmement simple à mettre en œuvre est très attractif sous l'angle économique.

Dans ce cas, le salarié doit démontrer que les tâches qu'il a exercées correspondent à celles qui sont exercées par un *dirigente*, à savoir qu'il est investi d'un pouvoir de décision et de direction. Il doit aussi effectuer une comparaison entre le niveau auquel il appartient et celui qu'il revendique et démontrer que le premier ne correspond pas à l'activité exercée[143].

Récemment, la Cour de cassation italienne a condamné une société qui n'avait pas reconnu le statut de cadre dirigeant à un de ses salariés (occupant les fonctions de *Resident Manager*) à lui verser les indemnités ci-dessus[144].

Ce dernier invoquait le fait qu'avant lui, les tâches qu'il exerçait étaient confiées à des cadres dirigeants.

Le contrôle effectué par les juges du fond

Comme de jurisprudence constante, les juges du fond sont amenés dans ce cas à raisonner successivement en trois temps :

- Examiner *in concreto* les tâches exercées
- Identifier la catégorie prévue par la convention collective de référence
- Comparer le résultat de la première enquête et les textes de l'accord collectif identifiés[145]

En l'espèce, la société reprochait à la Cour d'appel de n'avoir pas correctement effectué la comparaison car, selon elle, son collaborateur ne répondait pas aux critères posés par la convention collective applicable en ce qu'il ne pouvait pas déterminer seul les conditions et les contenus des transactions effectuées, il ne jouissait pas d'une indépendance et d'un pouvoir discrétionnaire et que les opérations bancaires qui lui

[143] Cass. 25/08/2015 n. 17123
[144] Cass. 32880/2018
[145] Cass. 28.4.2015 n. 8589, Cass. 27.9.2010 n. 20272, Cass. 20.2.2004 n. 3446

étaient confiées (et pour lesquelles il avaient une délégation de pouvoir) étaient des opérations courantes.

La réponse de la Haute Cour est particulièrement intéressante parce qu'elle ne limite en aucun cas le nombre de cadres dirigeants au premier cercle autour du chef d'entreprise. Elle rappelle que le statut de *dirigente* ne revient pas seulement au salarié qui, en tant « qu'alter ego » du chef d'entreprise, occupe des fonctions au somment de l'organisation ou, en tout état de cause, occupe un poste susceptible d'avoir une influence sur l'évolution de l'entreprise. Il suffit au contraire que le salarié, eu égard à son indéniable qualification professionnelle, et à l'ampleur des responsabilités qui lui sont confiées, intervienne avec un degré d'indépendance et de responsabilité. Il peut être amené à répondre, dans le cas d'une structure de l'entreprise complexe, à des dynamiques internes multiples, et le statut de *dirigente* peut ainsi revêtir diverses formes.

Il est vrai, qu'une autre décision de 2018 statue le contraire puisqu'elle affirme que le statut de *dirigente* revient seulement au salarié qui, comme « alter ego » du chef d'entreprise est préposé à la direction de toute l'organisation ou à une branche autonome de celle-ci, et est investi d'attributions qui, de par leur amplitude et les pouvoirs d'initiative et de décision s'y rattachant, lui permettent, tout en respectant les directives de son employeur en termes de planification, de donner une orientation au gouvernement global de l'entreprise, prenant des responsabilités à un niveau élevé (le *dirigente apicale*) ; celui-ci se distingue de l'employé avec des fonctions de direction, qui est préposé à un seul service et qui exerce son activité sous le contrôle du chef d'entreprise ou d'un *dirigente*, avec des pouvoirs d'initiative circonscrits et avec une limitation de responsabilité correspondante (le *pseudo-dirigente*). »[146]

En 2019, la Cour de cassation, toujours dans la cadre d'un salarié qui revendiquait le statut de *dirigente*, nuance cependant ses propos et confirme que le cadre dirigeant n'est pas seulement l'*alter ego* du chef d'entreprise[147]. Selon elle : dans les entreprises de grande taille, il est tout à fait possible de faire coexister des *dirigenti* de différent niveau

[146] DOCKES, Emmanuel (coord.), KERSCHEN, Nicole, MONES, Djamila, OMARJEE, Ismaël, ROZEZ, Sophie, SWEENEY, Morgan, VIGNEAU, Christophe. *Différences catégorielles et égalité de traitement, Les enseignements d'une comparaison européenne*. Rapport de recherche. Centre d'études juridiques européennes et comparées Université Paris Ouest - Nanterre La Défense. Décembre 2015
[147] Cass. 21318/2019

(cfr. Cass. n. 12860 del 1988, conf. n. 14885 del 2000, v. pure Cass. n. 6393 del 1998 e n. 3981 del 2016). Le fait d'avoir une pluralité de *dirigenti* (à différents niveaux, avec une gradation de tâches), qui sont coordonnés entre eux, est admissible dans des organisations complexes… pourvu que, même le *dirigente* de niveau inférieur dispose d'une large autonomie de décision circonscrite par le pouvoir de direction général global de niveau supérieur (cfr. Cass. n. 8650 del 2005).

Tel que l'affirme l'arrêt Cass. n. 8842 del 1987, par une solution qui est ici confirmée et répétée, eu égard au statut de *dirigente*, même s'il est possible, au sein d'une même entreprise, d'avoir une pluralité de *dirigenti*, de différent niveau, liés entre eux par un rapport de hiérarchie, il doit cependant s'agir d'un lien très atténué, caractérisé par une large indépendance au niveau des choix de décision du *dirigente* inférieur pour la réalisation des objectifs de l'entreprise, de sorte que le rapport hiérarchique se traduit par une activité de contrôle ou de coordination des directives relatives à une sphère en général plus limitée, le *dirigente* supérieur transmettant la volonté directe du chef d'entreprise (v. aussi Cass. n. 1151 de 1998, n. 10285 de 1998).

On doit comprendre qu'un *dirigente* peut être « coordonné » par d'autres *dirigenti,* mais pas « dirigé ». Il doit conserver son autonomie.

Pour ce qui est de l'employeur, dans l'arrêt ci-dessus, il est intéressant de remarquer que les juges indiquent, comme pour la jurisprudence française, que le *dirigente* peut recevoir des directives (dans ce cas éventuellement d'un autre cadre dirigeant) mais qu'elles doivent être limitées à la réalisation des objectifs de l'entreprise (voir *infra* - CA Versailles, 14 févr. 2013, no 11/00591).

La notion italienne de cadre dirigeant est ainsi beaucoup extensive que la notion française. La définition n'étant pas légale, mais interprétée par la négociation collective, elle est beaucoup plus souple.

Il est, tel que nous l'avons déjà souligné, intéressant de remarquer que le contentieux se base sur les mêmes moyens mais n'est pourtant pas le même :

- En France, ce sont des cadres dirigeants « sur le papier » qui vont remettre en cause leur statut pour obtenir un rappel d'heures supplémentaires
- En Italie, ce sont typiquement des cadres non dirigeants qui vont tenter de revendiquer le statut de *dirigente* pour se voir reconnaître les indemnités de licenciement très intéressantes prévues par les conventions collectives.

Cependant, comme en droit français, mais de manière semble-t-il moins stricte, le statut de *dirigente* sera parfois contesté par le salarié et exclu par le juge s'il est considéré abusif. Il s'agit du cas des *pseudo-dirigenti*. Dans ce cas, le salarié sera indemnisé.

Une limitation jurisprudentielle : le cas du *pseudo-dirigente*

La jurisprudence fait parfois (les arrêts sont contradictoires, nous l'avons vu) une distinction entre le « vrai » cadre dirigeant (*dirigente apicale*) et le « faux » cadre dirigeant (*pseudo-dirigente*).

La réintégration du *pseudo-dirigente* en cas de suppression de poste

Nous l'avons déjà vu, l'employeur italien peut licencier les cadres dirigeants de façon très souple. Une limite a cependant été posée par une importante décision de la cour de cassation italienne de 2012[148]. Dans cette affaire, un salarié embauché sous la catégorie de *dirigente*, occupant le poste de responsable technique et de la production d'un établissement est licencié suite à la fusion par absorption de sa société dans un autre groupe. Il saisit le tribunal en vue de faire reconnaître qu'il n'était en réalité qu'un *pseudo dirigente*, et qu'à ce titre l'employeur aurait dû invoquer un « *giustificato motivo oggettivo* » (motif objectif) permettant de justifier le licenciement.

En effet, en Italie, même quand il s'agit d'une suppression de poste, comme c'est le cas en l'espèce, l'employeur doit invoquer un motif « objectif » pour tous les salariés sauf les cadres dirigeants.

Le tribunal condamne la société à réintégrer le salarié, et à réparer le dommage causé (à savoir le salaire qui aurait dû être perçu entre la date de licenciement et la réintégration).

[148] Cass. N° 20763/12

Selon le tribunal, le salarié ne possédait pas un haut degré d'indépendance et de pouvoir de décision, et pas non plus d'amples pouvoirs de direction justifiant l'appartenance à la catégorie des cadres dirigeants.

La société va jusqu'en cassation. La Haute Cour statue que la limitation du pouvoir de licenciement de l'employeur ne s'applique pas aux *dirigenti convenzionali*, à l'exception des *pseudo-dirigenti*, à savoir ceux qui ne sont pas *dirigenti* en ce que leurs fonctions ne peuvent en aucune manière être rattachées à la notion telle qu'elle est prévue par les conventions collectives. Les juges ont dans ce cas considéré que le salarié n'était pas cadre dirigeant mais *pseudo-dirigente*, et ont ainsi statué que les règles protectrices contre le licenciement lui étaient applicables.

Le *dirigente convenzionale*, auquel la limitation de pouvoir s'applique bien, correspond en revanche au salarié qui a été nommé *dirigente* (quand bien même le poste qu'il occupe ne prévoirait pas cette catégorie) par son employeur comme une forme de reconnaissance des services rendus à la société au cours de sa carrière, comme une « faveur »[149].

Rappelons que le fait de pouvoir se targuer d'appartenir au cercle des *dirigenti* est très prestigieux en Italie (la catégorie apparaissant même sur la carte d'identité à la rubrique « profession ».).

Une autre explication se trouve aussi dans le fait qu'avant la réforme des retraites en Italie, introduite par la Loi « Fornero » de 2011[150], la retraite était calculée selon l'ancien régime dit « rétributif »[151]. Selon ce modèle, le montant de la retraite était mesuré sur les salaires perçus pendant les dernières années d'activité. Ceci, couplé au régime de retraite complémentaire plus favorable, on comprend aisément l'intérêt d'une telle « convention » entre le salarié et son employeur.

[149] Tatarelli, Maurizio. *Il licenziamento individuale e collettivo*. CEDAM, 2015
[150] Article 24 du décret-loi n° 201 du 6 décembre 2011, intitulé « Dispositions en matière de retraites »
[151] Loi n° 153 du 30 avril 1969

Le licenciement discriminatoire et la protection légale de l'article 18 du Statuto dei Lavoratori permettant exceptionnellement la réintégration du dirigente

Généralités sur la protection de l'article 18 du Statuto dei lavoratori

L'article 18 du Statut des travailleurs est extrêmement important en droit du travail italien.

Il permettait, avant qu'il ne soit réformé une première fois en 2012, puis plus profondément en 2015, en cas de licenciement individuel sans cause réelle et sérieuse, d'un salarié travaillant dans une entreprise employant plus de quinze personnes, d'être réintégré dans l'entreprise et d'être indemnisé au titre de la période écoulée entre le licenciement et la réintégration. S'il ne souhaitait pas retourner dans l'entreprise qui l'avait licencié, il pouvait en alternative obtenir une indemnité correspondant en général à quinze mois de salaire. Il était ainsi extrêmement difficile de pouvoir licencier un salarié[152]. De nombreuses entreprises choisissaient ainsi de façon stratégique de ne pas franchir la barre des quinze salariés.

En 2012, il a fait l'objet d'une première réforme (Loi Fornero), restreignant son champ d'application. Ainsi, le licenciement était nul s'il était prononcé pour des motifs discriminatoires (motifs religieux, raciaux, adhésion à un syndicat, handicap et âge, orientation sexuelle, convictions personnelles), pendant la période matrimoniale ou de maternité/paternité, dans tous les autres cas de nullité prévus par les textes ainsi que pour motif abusif déterminant (*motivo illecito determinante*), par exemple un licenciement infligé comme acte de représailles.[153]

Le salarié avait dans ce cas le droit à la réintégration ou une indemnité de 12 mois au maximum. Si le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse, une indemnité de 6 à 24 mois était prévue (sans réintégration).

En 2015, le *Jobs Act*, vient resserrer la vis, introduisant un dispositif équivalent aux « barèmes Macron » et un contrat de travail avec un niveau de protection du salarié qui

[152] Magnacca, Elodie. *L'article 18 du Statut des Travailleurs en Italie relatif au licenciement*. MBDE / Droit du travail. 11/08/2016
[153] Giustiniani, Marcello et Matarazzo, Giuseppe. *Licenziamento per motivo illecito e reintegrazione*. Diritto 24. Ilsole24ore, 03/2013

augmente avec l'ancienneté. Ainsi, en cas de licenciement abusif, l'indemnité va de 5 à 24 mois de salaire en fonction de l'ancienneté du salarié. La réintégration n'est possible que lorsque le licenciement est nul (discriminatoire ou que la procédure disciplinaire n'a pas été respectée).

De plus la voie de la conciliation est encouragée.

Les *dirigenti* en principe exclus de la protection de l'article 18

L'article 18 s'applique en principe uniquement, aux ouvriers, employés et cadres, excluant ainsi expressément les *dirigenti*.

Une décision du tribunal de Bergame du 29 août 2013 l'illustre. Dans cette affaire, le salarié, directeur commercial d'une grande entreprise, invoquait le fait qu'il n'était qu'un *pseudo-dirigente* pour pouvoir bénéficier de la protection de l'article 18.

Selon lui, il n'avait pas le pouvoir de recruter et licencier d'autres salariés, qu'il n'avait pas de délégation de pouvoir et qu'il répondait au directeur général.

Le tribunal tout en reconnaissant que l'article 18 s'applique aux *pseudo-dirigenti*, à savoir les salariés qui même s'ils ont de fait le statut et le salaire des *dirigenti*, ne revêtent pas au sein de l'entreprise un rôle comparable à celui des *dirigenti convenzionali*, ne peuvent être classés comme tels ni par la négociation collective, ni par un contrat de travail.

En l'espèce, le salarié était au sommet de la direction commerciale centrale de la maison mère, auxquelles se rapportaient les divisions commerciales des filiales. Il impartissait ainsi des ordres et des dispositions précises à ses subalternes, et participait activement à la définition des stratégies commerciales et aux réunions de direction.

Le statut de *dirigente* ne faisait en conséquence dans ce cas aucun doute, et ne pouvait être remis en cause par l'absence de délégation de pouvoir et le fait de répondre au

directeur général. Ceci confirme entre autres que dans les grandes entreprises, il existe souvent plusieurs niveaux de cadres dirigeants.[154]

La protection de l'article 18 du *Statuto dei lavoratori*, exceptionnellement étendue aux *dirigenti*

L'article 4 de la loi 604/1966 dispose que le licenciement lié à des raisons de credo politique ou d'obédience religieuse, d'appartenance à un syndicat et de participation à des activités syndicales est nul, indépendamment des motifs invoqués.
Le texte précise que cette règle s'étend également aux *dirigenti*.

Depuis la Loi Fornero, en cas de licenciement discriminatoire ou infligé comme mesure de rétorsion, le *dirigente* peut bénéficier de la protection de l'article 18 et demander la réintégration.

Les cadres dirigeants qui attaquent leur licenciement en justice, invoquent souvent l'article 18 et obtiennent exceptionnellement gain de cause.

Par un arrêt très récent du 17 juin 2020, la cour de cassation a prononcé la réintégration d'un *dirigente* suite à un licenciement nul, basé sur un acte de « rétorsion »[155]

Cet arrêt confirme la position de la Cour d'Appel qui avait prononcé la réintégration au visa de l'article 18 du Statut des travailleurs tel qu'il résulte de la loi 92/2012 (Loi Fornero).

La Cour d'appel avait fondé sa décision sur des témoignages et avait relevé l'absence d'un juste motif.

La « rétorsion » émergeait du non-fondé et du caractère général des griefs ainsi que de l'émargination du salarié.

---

[154] Favalli, Giacinto, di Gioia, Angelo e Moretti, Jacopo. *Il nuovo art. 18 St. Lav. non si applica ai dirigenti, salvo per il licenziamento discriminatorio*. Diritto24. Ilsole24ore, 12 Settembre 2013
[155] Corte di cassazione, sez. lavoro, sentenza n. 11705/20; depositata il 17 giugno

L’employeur se pourvoyait en cassation, sans succès.

Selon la Haute Cour : « le licenciement pour rétorsion, directe ou indirecte, assimilable au licenciement discriminatoire, interdit par les articles 4 de la loi n° 604 de 1966… constitue une réaction arbitraire et injuste à un comportement légitime du salarié ou d’une autre personne à laquelle il est lié entraînant la nullité du licenciement, lorsque la rétorsion a constitué l’unique motif déterminant et pourvu que le salarié n’en ait rapporté la preuve, éventuellement au moyen de présomptions ».

Ainsi, la charge de la preuve pèse sur le salarié étant précisé que le juge du fond peut tenir compte d’un faisceau d’indice.

En France, les contentieux ne manquent pas et sont source d’insécurité juridique, portant les employeurs à hésiter de plus en plus à recruter des managers avec ce statut.

2) La situation française : l’abondance du contentieux

En France, la définition légale du cadre dirigeant est floue, et son interprétation est laissée à l’appréciation souveraine du juge du juge du fond.

Ce statut est certes flatteur et présente bon nombre d’avantages mais, lorsque les relations se tendent avec l’employeur, les salariés s’estimant lésés n’hésitent pas à aller en justice s’ils ne parviennent pas à négocier un accord de sortie.

Le Juge va alors vérifier que les trois critères légaux énoncés par la définition légale sont cumulativement bien réunis (a). Pour prévenir ce problème de contentieux une solution peut consister à convenir en amont des indemnités conventionnelles de rupture, en remplacement des indemnités prévues en Italie par les conventions collectives. Ce sont les fameux parachutes dorés (b)

a) Une définition légale floue laissée à l'appréciation stricte mais souveraine des juges du fond

Il est d'ores et déjà important de préciser que le juge peut tout à fait s'affranchir des éléments de définition posés par un accord collectif ou par les indications des parties. Il doit apprécier les critères au vu des « conditions réelles d'emploi du salarié ».

Par exemple dans une affaire de 2009 soumise à la chambre sociale de la Cour de cassation[156], un salarié engagé en qualité d'ingénieur commercial senior, était licencié quelques années plus tard, car il avait refusé d'être assigné à un nouveau poste. Il profite de la contestation de son licenciement devant les prud'hommes pour réclamer des rappels de salaires.

Sa demande est rejetée par la cour d'appel au motif que l'accord d'entreprise permettait de le classer dans la catégorie des cadres dirigeants.

Cette solution a été invalidée par la Cour de cassation aux motifs que les juges d'appel auraient dû vérifier que les conditions réelles d'emploi répondaient aux critères de cadre dirigeant tels que prévus à l'article L. 3111-2 du Code du travail. Le juge doit ainsi « vérifier précisément les conditions réelles d'emploi du salarié concerné, peu important que l'accord collectif applicable retienne pour la fonction occupée par le salarié la qualité de cadre dirigeant ».

Les indications portées sur le contrat de travail sont tout aussi indifférentes. La cour de cassation a en effet décidé « qu'en se déterminant comme elle a fait, par des motifs inopérants tenant aux seules mentions du contrat d'embauche et au fait que M. X... n'assurait pas la direction de l'entreprise, sans vérifier précisément les conditions réelles d'emploi de l'intéressé au regard de chacun des critères cumulatifs édictés à l'article L. 3111-2 du code du travail, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».[157]

[156] Cass. Soc., 13 janv. 2009, n° 06-46.208
[157] Cass. Soc., 5 oct. 2011, n° 10-17.110

Si le statut n'est pas reconnu, l'employeur devra verser le montant des heures travaillées au-delà des 35 heures par semaine, dans la limite d'un délai de prescription de trois ans[158], ce qui peut se révéler extrêmement onéreux pour l'entreprise.

Le Juge, lorsqu'il a à connaître d'une affaire portant sur la remise en cause du statut de cadre dirigeant, examine les trois critères légaux, qui doivent être appréciés de façon cumulative. En 2012, un quatrième critère a semblé voir le jour.

Voyons ces critères un par un :

i) Des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps.

On peut déduire de ce critère qu'au vu de l'importance de ses responsabilités, l'employeur ne saurait imposer à son cadre des contraintes au niveau de ses horaires.

Un cadre dirigeant ne reçoit ainsi aucune consigne de son employeur « dans l'organisation de son travail ou de son emploi du temps »[159].

Le cadre dirigeant est salarié et il est donc par nature subordonné. De cette façon, dans une certaine limite, des consignes peuvent être données dans le cadre de l'assignation d'objectifs par exemple[160].

Nous savons que ne dispose pas d'une grande indépendance dans l'organisation de son emploi du temps (et n'est donc pas cadre dirigeant), un salarié dont le directeur doit être informé « chaque semaine de son planning prévisionnel de travail »[161].

En revanche, le fait « d'observer des horaires réguliers » alors que ceux-ci n'auraient pas été imposés par l'employeur ne permet pas d'exclure le statut de cadre dirigeant »[162].

[158] C. trav., art. L. 3245-1. Délai réduit de trois à cinq ans par la loi n°2013-504 du 14 juin 2013
[159] Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 30 novembre 2011, 09-67.798 10-17.552, Publié au bulletin
[160] CA Versailles, 14 févr. 2013, no 11/00591
[161] Cass. soc., 10 juill. 2013, no 12-13.229
[162] Cass. soc., 18 nov. 2015, no 14-17.590

La question à laquelle il est difficile de répondre est donc celle de savoir quelle est la limite entre une subordination compatible avec le statut de cadre dirigeant et celle qui ne l'est pas.

ii) Une prise de décision largement autonome

Des indices viennent dans ce cas aider le juge à prendre sa décision. Ce critère est en effet souvent matérialisé par l'attribution d'une délégation de pouvoirs.

Celle-ci emporte des conséquences importantes puisque la responsabilité pénale de l'employeur délégant est transférée sur le salarié délégataire.

Pour rappel, la délégation de pouvoir, pour être valable doit être d'une part temporaire, et d'autre part déterminée dans son objet, en étant soit limitée à certains actes spécifiés, soit en s'assurant que son objet soit suffisamment identifié.

Le délégataire est choisi en fonction de ses compétences techniques.

Il s'agira, typiquement, du directeur des ressources humaines pour signer les contrats de travail et autoriser les licenciements, ou encore du directeur commercial pour signer les contrats d'approvisionnement et les diverses opérations de vente.

Ainsi, en cas de contentieux, il appartiendra au chef d'entreprise de rapporter la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs « à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires à son action »[163]

Concernant le cadre dirigeant, la délégation peut parfois être implicite[164].

Au contraire, l'absence de délégation de pouvoir peut être interprétée comme une absence d'autonomie. La chambre sociale de la Cour de cassation a en effet récemment jugé[165]

[163] C.crim. 8 déc. 2009
[164] Cass., Ch. Crim, 2 octobre 2001, n°00-87075
[165] Cass. Soc. 2 octobre 2019, n°17-28.940

que « M. B... n'était titulaire d'aucune délégation de pouvoir, que son contrat de travail prévoyait qu'il devait être présent au sein de la structure dix demi-journées par semaine, et que la gestion de ses congés n'est évoquée dans aucune pièce du débat ; qu'en l'état de ce qui précède, il ne saurait lui être reconnu la qualité de cadre dirigeant et il est en droit d'obtenir le paiement des heures supplémentaires accomplies ».

Cette délégation le place en quelque sorte, comme c'est parfois le cas dans la jurisprudence italienne comme un « pseudo » cadre dirigeant.

iii) Une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement

Le cadre dirigeant, doit faire partie des salariés les mieux rémunérés de l'entreprise. Dans ce cas aussi, le critère est assez flou parce qu'il n'y a pas (à l'inverse de l'Italie) une grille qui indiquerait quelle est la rémunération minimum en deçà de laquelle, un cadre n'est pas un cadre dirigeant.

Il faut apparemment comprendre, que ce n'est pas tant le montant de la rémunération en soi qui est révélateur mais le niveau de rémunération par rapport aux autres salariés. Logiquement, la Cour de cassation a admis la qualité de cadre dirigeant à un salarié qui percevait la rémunération la plus élevée de sa compagnie[166].

De plus, ce critère n'est pas apprécié en termes de coefficient de la classification professionnelle. En effet, la qualité de cadre dirigeant ne nécessite pas, selon la Cour de cassation, que le salarié concerné ait le coefficient le plus élevé de la classification professionnelle : « la qualité de cadre dirigeant au sens de l'article L. 3111-2 du code du travail ne requiert ni l'existence d'un accord particulier entre l'employeur et le salarié, ni que ce dernier se situe au niveau hiérarchique le plus élevé de la classification conventionnelle »[167].

[166] Cass. soc., 3 juill. 2008, no 07-40.213
[167] Cass. soc., 30 nov. 2011, no 09-67.798

Par ailleurs, il est logique qu'un cadre qui exerce des fonctions prévoyant de grandes responsabilités avec un pouvoir de décision important soit parmi les mieux rémunérés de son entreprise[168]. Ce critère semble donc découler des deux autres.

Cependant cela ne suffit pas, le statut de cadre dirigeant n'a pas été reconnu à une salariée qui « perçoit la rémunération la plus élevée de tous les salariés des deux agences, avec un écart important, lié à un salaire variable rémunérant son activité »[169], car la Cour d'appel n'avait pas « caractérisé sa participation à la direction de l'entreprise ». Pourtant, dans cette affaire les trois critères légaux avaient été reconnus.

iv) L'évolution de la jurisprudence : le cadre dirigeant doit participer à la direction de l'entreprise

Après l'engouement initial pour le statut de cadre dirigeant de la part des employeurs, précisément pour les intérêts qu'il présente pour celui-ci au niveau de la durée du travail, une série de décisions de la Cour de cassation a fait trembler le monde des ressources humaines. Certains commentateurs ont évoqué l'ajout d'un quatrième critère, jurisprudentiel, aux trois qui se dégagent de la définition légale. Le cadre dirigeant doit en effet participer à la direction de l'entreprise.

Dans un arrêt retentissant du 31 janvier 2012, la Chambre sociale de la Cour de cassation a en effet jugé « qu'ayant relevé que la salariée, bien que disposant d'une grande autonomie dans l'organisation de son travail nécessitée par son haut niveau de responsabilité dans l'élaboration de la collection homme et étant classée au coefficient le plus élevé de la convention collective, ne participait pas à la direction de l'entreprise, la cour d'appel a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision ».

En l'espèce il s'agissait de la « responsable de la collection homme » de la société Bruno Saint Hilaire.

[168] Ayache-Revah, Isabelle. *Cadre dirigeant : un statut à risques*. Cahiers du DRH, nov. 2013
[169] Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 2 juillet 2014, 12-19.759, Publié au bulletin

Cette décision était justifiée par le fait qu'il était fait un recours parfois abusif au statut, pour éviter d'avoir à payer des heures supplémentaires[170]. L'esprit initial du statut s'était probablement perdu, l'idée étant de le réserver au « premier cercle autour du dirigeant ». Certains abus avaient par ailleurs été relevés au niveau des horaires illimités des salariés (qui ne bénéficient pas, et c'est critiquable, comme c'est le cas en Italie d'une limite « raisonnable » de la durée du travail).

Il s'agissait alors de savoir si l'on avait affaire à un critère autonome qui s'ajoutait aux trois autres ou plutôt d'une condition qui découlait des trois critères légaux.

Cet arrêt est important parce qu'il a obligé de nombreuses entreprises à revoir leur copie quant au statut accordé à certains de leurs salariés[171], devant les faire passer dans la catégorie des cadres autonomes (avec la conclusion d'un forfait jours).

Dans un arrêt de 2014, les hauts juges indiquent que « ces [trois] critères cumulatifs impliquent que seuls relèvent de cette catégorie les cadres participant à la direction de l'entreprise ». On peut déjà comprendre que la participation à la direction de l'entreprise n'est pas un critère autonome, mais qu'il découle logiquement des trois critères légaux.

La réponse définitive est apportée par la jurisprudence en 2016[172]. Il s'agissait d'une directrice commerciale, qui souhaitait remettre en cause son statut de cadre dirigeant, précisément en invoquant le fait qu'elle ne participait pas à la direction de l'entreprise.

La cour a ainsi statué que « Attendu, cependant, que si les trois critères fixés par l'article L. 3111-2 du code du travail impliquent que seuls relèvent de la catégorie des cadres dirigeants les cadres participant à la direction de l'entreprise, il n'en résulte pas que la participation à la direction de l'entreprise constitue un critère autonome et distinct se substituant aux trois critères légaux ».

[170] Ayache-Revah, Isabelle. *Cadre dirigeant : un statut à risques*. Cahiers du DRH, nov. 2013
[171] Morand, Michel, Avocat, Conseil en droit social, Cabinet Barthélémy Avocats, Professeur Associé, Université d'Auvergne Clermont 1. *Les cadres dirigeants et le temps de travail*. Revue de Jurisprudence Sociale 2012
[172] Cass. Soc., 22 juin 2016, n° 14-29.246

Il convient donc de vérifier d'abord que les trois critères légaux sont réunis avant d'examiner si cela « implique » bien la participation à la direction de l'entreprise.

Le dirigeant salarié : un moyen de sécuriser le statut

Pour être certains que le statut ne sera pas remis en cause, une solution, qui n'est bien sûr pas à la portée de tous les cadres dirigeants consiste à cumuler les fonctions de dirigeant et de salarié. Le cadre dirigeant qui détient un mandat social participe en effet nécessairement à la direction de l'entreprise.

L'indemnité légale de licenciement

En France, en cas de licenciement à l'initiative de l'employeur, toutes les catégories de salariés sont logées à la même enseigne, du moins sous l'angle légal.

En effet, L'article R.1234-2 du Code du travail dispose qu'une indemnité est due à tout salarié en cas de licenciement économique ou individuel qui « ne peut être inférieure aux montants suivants : 1° Un quart de mois de salaire par année d'ancienneté pour les années jusqu'à dix ans ; 2° Un tiers de mois de salaire par année d'ancienneté pour les années à partir de dix ans. ».

Cette indemnité est due aux salariés en CDI.
Elle n'est pas due en cas de licenciement pour faute grave ou lourde (sauf volonté contraire des parties ou dispositions conventionnelles, contractuelles ou usage contraire).

L'indemnité est également due en cas de cessation ou de dissolution de l'entreprise (sauf cessation pour force majeure).

Force est de constater que les montants en jeu sont dérisoires.

Le rôle des conventions collectives

Les conventions collectives peuvent prévoir des indemnités de licenciement plus élevées, notamment pour les cadres dirigeants. Comme nous l'avons vu plus haut, la différence de

traitement est dans ce cas justifiée par le fait que les cadres dirigeants « sont plus exposés que les autres salariés au licenciement, car directement soumis aux aléas de l'évolution de la politique de la direction générale »[173].

b) Un filet de sécurité pour les cadres dirigeants : les *golden parachutes*

Les fameux parachutes dorés, qui défraient parfois la chronique pour les sommes colossales qui sont jeu, s'appliquent souvent aux cadres dirigeants de très haut niveau, qui cumulent leur contrat de travail avec un mandat social. C'est ainsi un moyen pour les grandes entreprises d'attirer des managers convoités et de contrebalancer par une indemnité juteuse, précisément à travers le jeu du cumul, le risque de révocation *ad nutum* qui pèse sur les administrateurs de SA entraînant souvent la rupture du contrat de travail.

Par ailleurs, lorsqu'il s'agit de cadres dirigeants « de petit calibre », les sommes en jeu sont certainement, et heureusement, bien moindres.

Nous évoquons le parachute doré dans cette partie, puisqu'il s'agit d'une clause qui est activée lorsque le cadre quitte l'entreprise, même si la clause est bien sûr à prévoir au moment de la formation du contrat de travail.

D'ailleurs, en fonction de la rédaction de la clause, elle peut profiter également à certains cadres dirigeants démissionnaires suite à la modification de leur contrat de travail (en cas de changement d'actionnariat par exemple), même si dans ce cas, formellement, la rupture est à l'initiative de l'employeur[174].

Cette solution a été validée par la jurisprudence dans un arrêt du 26 janvier 2011. Il valide par là même l'existence de telles clauses en statuant que « que la clause contractuelle qui permet au salarié de rompre le contrat de travail, ladite rupture étant imputable à l'employeur, en cas de changement de contrôle, de fusion-absorption ou de changement significatif d'actionnariat entraînant une modification importante de l'équipe de direction,

[173] Cour de cassation, chambre sociale, arrêt nº 1641 du 24 septembre 2014, pourvoi nº 13-15.074

[174] Tahtah, Sabahe. Les cadres et le droit du travail. Droit. Université de Bordeaux, 2017. Français.

est licite dès lors qu'elle est justifiée par les fonctions du salarié au sein de l'entreprise et qu'elle ne fait pas échec à la faculté de résiliation unilatérale du contrat par l'une ou l'autre des parties »[175].

En l'espèce, l'employeur cherchait dans ce cas à se défaire de son obligation en invoquant le fait qu'il n'avait commis aucune faute.

Un parachute doré se transformant parfois en clause pénale

La directrice des relations extérieures d'une grande société en a récemment fait les frais, suite à un arrêt rendu le 4 mars 2020 par la Chambre civile de la cour de cassation[176], voyant son indemnité de départ passer de près d'un million d'euros à mille euros.

En l'espèce, la salariée avait conclu la clause de parachute doré suivante : « Quel que soit le motif de la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur, sauf démission non équivoque de la salariée, la société GDP Vendôme s'engage à verser à la fin du contrat de travail à Mme H... J..., une indemnité forfaitisée à trois années de salaire annuel net moyen. ... Il est expressément convenu que cette indemnité …revêt une finalité strictement indemnitaire et ne constitue par une clause pénale ».

La cour de cassation a confirmé le raisonnement de la Cour d'appel qui « dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation … a estimé son montant manifestement excessif au regard du préjudice subi ».

La Cour d'appel a en effet considéré, se détachant de la lettre de la clause et cherchant à interpréter son ambiguïté, de manière peut-être excessivement sévère « que cette clause avait pour objet de conférer à la salariée une garantie de sécurité dans son emploi et de sanctionner l'employeur en cas de rupture du contrat ». Elle a ainsi décidé qu'il s'agissait d'une clause pénale.

Le parachute doré doit donc être raisonnable. Certains avocats conseillent de ne pas dépasser deux ans.

[175] Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 26 janvier 2011, 09-71.271, Publié au bulletin
[176] Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 4 mars 2020, 18-20.531, Inédit

Nous rappellerons aussi que les parachutes dorés sont soumis à des conditions de performance dans les SA cotées.

En Italie aussi les *golden parachutes* sont sur la sellette.

Le toit aux *golden parachutes* des *dirigenti* de banques

Suite à la directive 2013/36/UE, la Banque d'Italie a décidé de soumettre les *golden parachutes* des cadres dirigeants évoluant dans le milieu bancaire à des conditions de performance. Sont ainsi nulles les indemnités qui ne tiennent pas compte de la performance globale de l'entreprise.

Au côté du licenciement individuel, il y a parfois des licenciements collectifs.

B) Le licenciement collectif

Du côté français, il n'y a pas de particularités liées au cadre dirigeant. En Italie en revanche, les *dirigenti* ont été exclus de la procédure de licenciement économique, avant que le pays ne soit condamné par la CJUE et soit contraint de revoir sa législation (1). Pour terminer, nous verrons un point d'actualité lié au chômage technique en période de Covid (2)

1) Les *dirigenti* autrefois exclus de la procédure de licenciement économique

L'Italie comme la France ont dû se mettre en conformité suite à la Directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs.

Au sens de cette directive, les licenciements collectifs sont ceux qui sont « effectués par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs ».

Le nombre de licenciements ne peut concerner moins de 10 salariés sur une période de 30 jours.

La directive impose en tout état de cause à l'employeur de procéder à des consultations avec les représentants des travailleurs, de façon à les obliger à envisager la possibilité d'éviter ou de diminuer le nombre de licenciements[177].

La directive souhaitant de plus harmoniser les droits internes, vise tous les salariés, à l'exception des contrats à durée déterminée, les salariés de la fonction publique et les équipages de navires de mer.

a) La transposition de la directive par l'Italie excluant les *dirigenti*

Le législateur italien, lorsqu'il a transposé la directive par la loi n° 223/1991, a choisi d'exclure la catégorie des *dirigenti* du champ d'application des dispositions en matière de licenciements collectifs, limitant la protection aux ouvriers, employés et cadres.

Dès 2008, la Commission européenne avait demandé des comptes à la République Italienne. Cette dernière s'était défendue en invoquant l'article 5 de la directive qui dispose que « La présente directive ne porte pas atteinte à la faculté des États membres d'appliquer ou d'introduire des dispositions législatives, réglementaires ou administratives plus favorables aux travailleurs ou de permettre ou de favoriser l'application de dispositions conventionnelles plus favorables aux travailleurs. ». Selon elle en effet les conventions collectives des cadres dirigeants constituaient des dispositions plus favorables et permettaient donc de les exclure du champ d'application de la directive.

Les juges européens n'ont pas été convaincus. Dans un arrêt du 13 février 2014[178], ils ont indiqué que l'Italie, en excluant les cadres dirigeants avait manqué à ses obligations. La Commission avait en effet fait remarquer que « la directive 98/59, dont le champ

[177] Tamborini, Matteo et Bonasera, Nancy. *Licenziamenti collettivi: la corte di giustizia europea condanna l'Italia per l'esclusione dei dirigenti*. Il Punto. Pensioni e Lavoro. 24/03/2014
[178] CJUE, 13 février 2014, Commission c/République italienne, C-596/12

d'application s'étend à tous les travailleurs sans exception, n'est pas correctement transposée par la législation italienne en cause, qui n'accorde le bénéfice des garanties qu'elle prévoit qu'aux ouvriers, aux employés et aux cadres, à l'exclusion des dirigeants. ». Pour elle la réglementation et les conventions collectives italiennes spécifiques aux dirigeants ne comblaient pas cette lacune.

L'Italie a ainsi été condamnée à revoir sa copie.

b) L'Italie condamnée à modifier sa législation

La disposition litigieuse a ainsi été éliminée par la loi n° 161 du 30 octobre 2014 qui est venue modifier l'article 24 de la loi n°223/1991[179].

Les nouveautés apportées sont les suivantes :

- les *dirigenti* sont désormais pris en compte dans le calcul du nombre de salariés concernés par la procédure de licenciement collectif, ce qui n'était pas le cas auparavant ;
- la communication de lancement de la procédure devra mentionner le nombre de *dirigenti* concernés et la façon dont les critères de choix seront appliqués ;
- en cas de violation des critères de choix ou de la procédure, des indemnités seront prévues. Le *dirigente* peut ainsi prétendre, en cas de vice de forme, à une indemnité comprise entre 12 et 24 mois de salaire.

Les *dirigenti* sont donc désormais concernés par la procédure de licenciement collectif.

Les nouvelles dispositions confirmées par la Cour de cassation italienne

Par un arrêt du 25 janvier 2019[180], la Cour de cassation italienne a épinglé une société qui n'avait pas respecté la procédure de licenciement collectif. Elle a affirmé qu'est nulle une telle procédure impliquant également des cadres dirigeants si, aux côtés des organisation syndicales représentatives des ouvriers, employés et cadres, l'entreprise n'a pas convoqué

[179] Failla, Luca, Professore Avvocato Università Lum Jean Monnet Bari - Founding Partner Lablaw. *I licenziamenti collettivi dei dirigenti*. Dirigenti Industria. Ferdermanager Lombardia. Luglio 2020 ANNO LXXII

[180] Cass. 25 gennaio 2019 n. 2227

l'organisation syndicales la plus représentative des *dirigenti* (Federmanager), dans la mesure où la loi n° 161/2014 a étendu les garanties de la procédure de licenciement collectifs aux cadres dirigeants.

Il s'agissait en l'espèce d'un cadre dirigeant licencié *ad nutum* en 2015 (donc après l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions), qui avait saisi le tribunal car la procédure n'avait pas été communiquée au principal syndicat des cadres dirigeants. Le Tribunal l'avait d'ailleurs débouté en ce que, selon lui, les organisations syndicales ayant reçu la communication représentaient tous les salariés travaillant dans le secteur d'activité de l'entreprise.

2) Un point d'actualité : le chômage partiel des cadres dirigeants en période de Covid

Point de détail en temps ordinaire, le sujet du chômage partiel nous apparaît particulièrement pertinent en cette période de crise liée au Covid-19. Le cadre dirigeant échappant à la durée légale du travail n'est en principe pas concerné par le chômage partiel ni en Italie, ni en France. Cependant, les deux pays ont pris des mesures sans précédents pour soutenir les entreprises, inégales pour les cadres dirigeants. Elles sont partiellement protectrices en France (a) alors qu'elles ne le sont pas en Italie (b)

a) Des mesures françaises partiellement protectrices des cadres dirigeants.

La première est l'Ordonnance nº 2020-346 du 27 mars 2020 portant mesures d'urgence en matière d'activité partielle.

Elle disposait en son article 8 de que « pour l'employeur de salariés qui ne sont pas soumis aux dispositions légales ou conventionnelles relatives à la durée du travail, les modalités de calcul de l'indemnité et de l'allocation sont déterminées par décret ».[181]

Ensuite, l'Ordonnance n° 2020-428 du 15 avril 2020 portant diverses dispositions sociales pour faire face à l'épidémie de covid-19 est venue apporter des précisions sur ce point en ajoutant un nouvel alinéa à l'article 8 de l'ordonnance n°2020-346 du 27 mars

[181] Izard, Sabine. *Un dispositif exceptionnel d'activité partielle*. Semaine Sociale Lamy, Nº 1902, 6 avril 2020

2020 dans les termes suivants : « pour les cadres dirigeants mentionnés à l'article L. 3111-2 du code du travail, le placement en activité partielle ne peut intervenir que dans le cas prévu au deuxième alinéa du I de l'article L. 5122-1 du même code ». Il est fait référence à la fermeture temporaire de l'établissement ou d'une partie de l'établissement. Il est donc impossible de mobiliser le dispositif, les concernant, lorsque l'activité partielle ne sert qu'à faire face à une réduction d'activité.

Qu'en est-il en Italie ? Le gouvernement s'est montré moins généreux envers les employeurs et moins protecteur envers les salariés.

b) Des mesures italiennes peu protectrices pour les *dirigenti*

Plusieurs dispositifs existent en matière d'amortisseurs sociaux :

- La *Cassa integrazione Guadagni* (CIG – Caisse de compensation salariale)[182] : elle diffère de l'assurance chômage par son caractère temporaire et par le fait qu'elle ne concerne que certaines activités (typiquement l'industrie). Sa création remonte à 1941. Ce système a évolué dans le temps pour devenir une mesure politique de soutien de l'industriel italienne et de l'emploi lors de périodes de contraction de l'activité. Le recours à la version « extraordinaire » de la CIG doit précéder toute forme de restructuration et de réorganisation visant à réduire totalement ou partiellement le volume d'emploi. Principalement financée par les cotisations patronales et salariales, un financement public s'y ajoute. Il existe des dérogations (comme c'est le cas actuellement) pour pouvoir accéder à la CIG même si l'entreprise en question ne rentre en principe pas dans son champ d'application.
- Le *Fondo d'Integrazione salariale* (FIS - Fonds de compensation salariale) a été mis en place par le Décret interterministériel n° 94343 du 3 février 2016 et géré par l'INPS (sécurité sociale italienne). Ce fonds concerne tous les employeurs occupant en moyenne plus de cinq salariés, ne rentrant pas dans le champ d'application de la CIG.

[182] Bisignano, Mara. *Contester, retarder ou empêcher les licenciements via le chômage partiel ?* Usages syndicaux de la Cassa Integrazione Guadagni en Italie. Dans Travail et emploi 2014/1 (n° 137), pages 69 à 84

Ces dispositifs ont été activés par le décret-loi « Cura Italia » n° 18 du 17 mars 2020[183], portant mesures urgentes pour lutter contre la crise COVID 19. L'idée dans ce cas a été d'étendre le dispositif à de nouveaux secteurs d'activités, voire, via d'autres dispositifs, aux travailleurs indépendants. En revanche, les *dirigenti* sont en tout état de cause exclus, comme ils sont exclus de l'interdiction temporaire de licenciement pour motifs « objectifs » (non personnels) visée par l'article 46 de ce décret. L'ordonnance française est silencieuse au niveau des licenciements. Selon le Premier ministre Edouard Philippe, « Interdire de licencier, je ne crois pas que nous en arrivions là », a-t-il déclaré, le 17 mars sur France 2. « Ce que nous voulons faire, c'est qu'il ne soit pas utile de licencier, [c'est] d'essayer de faire en sorte que l'entreprise puisse continuer son existence. »[184]

[183] Lorenzo, Luca. Coronavirus e blocco licenziamenti ex art. 46, D.L. n. 18/2020, Dubbi interpretativi sull' art. 46, D.L. n. 18/2020 e casi di esclusione. Altalex, 05/06/2020

[184] AFP. Covid-19 : *« interdire de licencier, je ne crois pas que nous en arrivions là », estime Édouard Philippe*. Liaisons sociales Quotidien - L'actualité, Nº 18024, Section Acteurs, débats, événements, 19 mars 2020

CONCLUSION

En France, la création du statut de cadre dirigeant remonte à la Loi Aubry II du 19 janvier 2000, sous l'impulsion du droit communautaire (article 17-1 de la directive européenne du 23 novembre 1993) et de la jurisprudence de la Cour de cassation. La notion est volontairement très restrictive et concerne uniquement le premier cercle autour du chef d'entreprise.

Une définition légale a ainsi été posée par l'article L. 3111-2 du Code du travail prévoyant trois critères cumulatifs. Ainsi, les cadres dirigeants :
- bénéficient d'une « grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps »
- sont « sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome »
- « perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans l'entreprise ou leur établissement ».

Cet article dispose de plus que les cadres dirigeants ne sont pas concernés par les dispositions protectrices du Code du travail français sur la durée du travail. Ils bénéficient en contrepartie de nombreux avantages, principalement financiers mais aussi en nature.

En cas de conflit avec leur employeur, les cadres dirigeants français n'hésitent à remettre en cause leur statut, en général pour obtenir les heures supplémentaires qui ne leur ont pas été rémunérées pendant l'exécution de leur contrat. Ils s'appuient ainsi sur une définition légale floue, que les juges doivent cependant interpréter strictement, avec la liberté de s'affranchir des qualifications données par les parties. La qualité de cadre dirigeant est ainsi facilement écartée, avec à la clé des frais imprévus pour l'employeur, qui peuvent parfois se révéler particulièrement onéreux.

En Italie, en revanche, l'équivalent du statut de cadre dirigeant (*dirigente*) a des origines beaucoup plus anciennes. Il est mentionné par le code civil italien à l'article 2095 avec les autres catégories de salariés (ouvrier, employé et cadre) mais sa définition est confiée à des conventions collectives spécifiques aux cadres dirigeants, qui prévoient de manière précise quels sont les critères à réunir pour relever de cette catégorie. La jurisprudence admet qu'au sein d'une même entreprise, a fortiori si sa structure est complexe, plusieurs

niveaux de *dirigenti* puissent cohabiter, les uns « coordonnant » les autres. La notion est ainsi beaucoup moins restrictive qu'en droit français.

À l'instar de leurs cousins français, ils ne sont pas non plus concernés par les règles sur la durée du travail (comme les cadres italiens par ailleurs).

La principale différence entre le droit français et italien réside dans le fait que les *dirigenti* ne bénéficient pas non plus, en principe, des règles protectrices sur le licenciement. Ils sont ainsi congédiés très facilement (*ad nutum* ou pour juste motif), mais perçoivent en contrepartie des indemnités prévues par les conventions collectives, très intéressantes, en particulier au regard des plafonds très bas imposés sur les indemnités de chômage par la sécurité sociale italienne.

Les contentieux sont ainsi rares, et lorsqu'ils existent, ce sont souvent des *non-dirigenti* qui revendiquent ce statut pour bénéficier des indemnités conventionnelles de licenciement très avantageuses des *dirigenti*.

Puisant dans le système italien, il pourrait être intéressant, en cas de réforme, de mieux délimiter la notion, mais aussi de l'assouplir.

La définition légale pourrait être plus succincte et donner, comme c'est le cas en Italie, plus de pouvoir à la négociation collective pour encadrer la notion, avec des nuances envisageables au sein des différentes branches. On pourrait également envisager de laisser plus de place à la liberté contractuelle des parties. Le cadre dirigeant accepterait de renoncer aux règles sur la durée du travail en contrepartie d'une rémunération avantageuse.

Le contrôle judiciaire ne serait pas écarté pour autant, puisque les juges auraient la charge, en cas de litige, de vérifier que le consentement des parties n'a pas été vicié.

Il conviendrait aussi de prévenir les excès susceptibles de se produire au niveau de la durée du travail (*burn-out*) de manière spécifique chez les cadres dirigeants et de punir les abus, dans le cadre de l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

BOLTANSKI, Luc. *L'univers politique des classes moyennes*. Paris : Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1983

CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*. 13e édition. Presses Universitaires de France - P.U.F., 2020

DIETRICH, Anne. *Cadres : la grande rupture*. La Découverte, 2001, pages 143 à 155

DIOTALLEVI, Carla. *Il licenziamento dei dirigenti privati e pubblici*. Edizioni Univ. Romane, 2010, pages 18 à 35

DUI, Pasquale. *Il lavoro dirigenziale. Questioni controverse*. Giuffré Editore, 2010

JUES, Jean-Paul. *Les cadres en France*. PUF, 1999

MAZZOTTA, Oronzo. *Diritto del lavoro*. Giuffrè, 2019, page 428

MISPELBLOM BEYER, Frederik. *Encadrer, un métier impossible ?* 3e édition. Paris : Armand Colin, avril 2015

ROTONDI, Francesco, Studio Legale Failla Rotondi & Partners. *Codice commentato del rapporto di lavoro, Dottrina e giurisprudenza*. IPSOA, 2013

ROTONDI, Francesco e FAILLA, Luca. *Jobs Rules in Italy: Labour law and industrial relations*. IPSOA, 2015

ROTONDI, Francesco. *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*. 2° edizione. IPSOA Manuali, 2017

ROTONDI, Francesco. *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*. IPSOA Manuali, 2017

TATARELLI, Maurizio, *Il licenziamento individuale e collettivo*. 2° edizione. CEDAM, 2006, page 169

TATARELLI, Maurizio. *Il licenziamento individuale e collettivo*. CEDAM, 2015

ARTICLES

AYACHE-REVAH, Isabelle. *Cadre dirigeant : un statut à risques*. Les Cahiers du DRH, Nº 203, 1er novembre 2013

BISIGNANO, Mara. *Contester, retarder ou empêcher les licenciements via le chômage partiel ? Usages syndicaux de la Cassa Integrazione Guadagni en Italie*. Dans Travail et emploi 2014/1 (n° 137), pages 69 à 84

BOUDIAS, Philippe et Louis, Avocats au Barreau de Paris, Membres du réseau JSA. Aïda VALLAT, Avocat au Barreau de Paris, Docteur en droit. *L'attribution de stock-options : un schisme dans la définition de la rémunération ?* Semaine Sociale Lamy, Nº 1503, 5 septembre 2011

CAVELLE, Aurore, Juriste en droit social. *Qu'est-ce qu'un « cadre » dans l'entreprise ?* Les Cahiers Lamy du CE, Nº 117, 1er juillet 2012

CHHUM, Frédéric, Avocat, et OLLIVIER, Marilou, Elève-avocat. *Droit des cadres dirigeants : panorama de la jurisprudence 2016/2017*. Village de la Justice.com

CHHUM, Frédéric et OLLIVIER, Marilou. *Salariés, cadres, cadres dirigeants : 4 conseils pour échapper au plafonnement des indemnités prud'homales prévu par l'ordonnance Macron*. Village de la Justice, Octobre 2017

CONTENT, Marie, Avocat associé, PDGB Avocats, *La chambre sociale de la Cour de cassation et le législateur*, Semaine Sociale Lamy, 1830, 01-10-2018

D'ARCO, Agostino, Direttore ALDAI dal 1982 al 2005 - Consigliere ALDAI-Federmanager. *Contratto Dirigenti Industria 2019-2023*, Dirigenti Industria, 01 ottobre 2019

DUI, Pasquale. *Il lavoro dirigenziale e il superamento dei limiti orari a tutela della salute*. Leadership e Management. Magazine di informazione manageriale. 29 Gennaio 2018

DUPAYS, Alain, JARRY, Jean-Julien, Avocats associé, BARTHÉLÉMY Avocats, avec la collaboration de PHÉRIVONG, Catherine. *Quelles sont les dispositions particulières applicables aux cadres dirigeants ?* Le Lamy temps de travail, Mis à jour 05/2020

FAILLA, Luca, Professore Avvocato Università Lum Jean Monnet Bari - Founding Partner Lablaw. *I licenziamenti collettivi dei dirigenti*. Dirigenti Industria. Ferdermanager Lombardia. Luglio 2020 ANNO LXXII

FAVALLI, Giacinto, DI GIOIA, Angelo e MORETTI, Jacopo. *Il nuovo art. 18 St. Lav. non si applica ai dirigenti, salvo per il licenziamento discriminatorio*. Diritto24. Ilsole24ore, 12 Settembre 2013

FRIGERIO, Edoardo. *Il contratto a termine nel rapporto di lavoro del dirigente privato*. Il giurista del lavoro, 4 Luglio 2018

GARENCE, Gille, Avocat au Barreau de NICE. *Le contrat de travail du dirigeant*, 17 septembre 2019

GIUSTINIANI, Marcello et MATARAZZO, Giuseppe. *Licenziamento per motivo illecito e reintegrazione*. Diritto 24. Ilsole24ore, 03/2013

HALIMI, Gabriel et DECHAUMET FRIES, Sophie. *Le statut de cadre dirigeant incompatible avec une référence contractuelle au forfait-jours*. Jurisprudence Sociale Lamy, Nº 440, 26 octobre 2017

HAUTEFORT, Marie. *Égalité de traitement : comment sécuriser les accords collectifs ?* Les Cahiers du DRH, Nº 267, 1er septembre 2019

HAUTEFORT, Marie. *Le cadre dirigeant est celui qui dirige*. Jurisprudence Sociale Lamy, Nº 317, 8 mars 2012

JOLIVET, Gilles. Avocat associé, Baker McKenzie. *Le cadre à l'épreuve de la troisième révolution industrielle*. JCP / LA SEMAINE JURIDIQUE – ÉDITION SOCIALE N° 50. 19 DÉCEMBRE 2017

LHERNOULD, Jean-Philippe, Professeur à l'Université de Nantes. *L'indemnité conventionnelle de licenciement des cadres dirigeants face au principe d'égalité de traitement*. Jurisprudence Sociale Lamy, Nº 375, 5 novembre 2014

IZARD, Sabine. *Un dispositif exceptionnel d'activité partielle*. Semaine Sociale Lamy, Nº 1902, 6 avril 2020

LORENZO, Luca. *Coronavirus e blocco licenziamenti ex art. 46, D.L. n. 18/2020, Dubbi interpretativi sull' art. 46, D.L. n. 18/2020 e casi di esclusione*. Altalex, 05/06/2020

MAGNACCA, Elodie. *L'article 18 du Statut des Travailleurs en Italie relatif au licenciement*. MBDE / Droit du travail. 11/08/2016

MORAND, Michel, Avocat ; conseil en droit social Cabinet Jacques Barthélémy et associés ; professeur associé, université d'Auvergne Clermont I. *Le principe à travail égal, salaire égal*, Thématis, mai 2008

MORAND, Michel, Avocat, conseil en droit social, cabinet Barthélémy Avocats - professeur associé à l'École de droit de Clermont-Ferrand, université d'Auvergne. *Identification des cadres dirigeants*. La Semaine Juridique Social n° 40, 11 Octobre 2016, 1339

MORAND, Michel, Avocat, Conseil en droit social, Cabinet Barthélémy Avocats, Professeur Associé, Université d'Auvergne Clermont 1. *Les cadres dirigeants et le temps de travail*. Revue de Jurisprudence Sociale 2012

PAROLIN, Chiara. *Dirigenti e licenziamento: giustificatezza del recesso non coincide con giustificato motivo*. Articolo, tratto da In pratica Lavoro, segnalazione del 16/11/2018

POIRIER, Mireille, Maître de conférences à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV. *Egalité de traitement et différences de statut*. Le Droit Ouvrier, Septembre 2009

ROBILLARD, Pierre, Avocat. *Les cadres peuvent-ils accomplir des heures supplémentaires ?* Le Village de la justice. Juin 2014

ROSTI, Luisa. *Italia, un'economia in mano a dirigenti senza laurea*. Il Sole 24 Ore, 25 Febbraio 2019, consulté le 02/07/2020

SCALISE, Emilia, Consulente del Lavoro. *IL DIRIGENTE: tra normativa e giurisprudenza. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*. Marzo 2018

SQUIRE PATTON BOGGS. Justification *du forfait sans référence horaire des cadres dirigeants*. DROIT SOCIAL, 06 juin 2011

TAMBORINI, Matteo e BONASERA, Nancy. *Licenziamenti collettivi: la corte di giustizia europea condanna l'Italia per l'esclusione dei dirigenti*. Il Punto. Pensioni e Lavoro. 24/03/2014

TAMBURINI, Riccardo. *I FRINGE BENEFIT*. Manageritalia.it, 2018 (https://www.manageritalia.it/content/download/Informazione/Giornale/Aprile_2002/pag14.pdf)

TEXTES

Article 24 du décret-loi n° 201 du 6 décembre 2011, intitulé « Dispositions en matière de retraites »

Articolo 1350 del codice civile (R.D. 16 marzo 1942, n. 262) [aggiornato al 10/06/2019]

Articolo 7 Statuto dei lavoratori, (L. 20 maggio 1970, n. 300), [Aggiornato al 07/10/2016]

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 20 et 21.

Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée

Loi n° 153 du 30 avril 1969

Loi n° 604 du 15 juillet 1966

Reggio decreto-legge 9 agosto 1943, n. 721

CONVENTIONS COLLECTIVES

Accord national interprofessionnel du 28 février 2020 portant diverses orientations pour les cadres (https://web.lexisnexis.fr/LexisActu/ani-28-fevrier-2020.pdf) 25/04/2020

CCN des industries chimiques et connexes du 30 décembre 1952. IDCC 44

CCNL Dirigenti Industria 2019-2023

RAPPORTS

Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale. *Annuario di diritto del lavoro n. 50. Clausole generali e diritto del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*. Roma, 29-30 maggio 2014. Giuffrè editore, 2014

DOCKES, Emmanuel (coord.), KERSCHEN, Nicole, MONES, Djamila, OMARJEE, Ismaël, ROZEZ, Sophie, SWEENEY, Morgan, VIGNEAU, Christophe. *Différences catégorielles et égalité de traitement, Les enseignements d'une comparaison européenne*. Rapport de recherche. Centre d'études juridiques européennes et comparées Université Paris Ouest - Nanterre La Défense. Décembre 2015

Rapport Sénat n° 661, 1er juin 2016

THÈSES ET MÉMOIRES

DODET, Axelle, sous la direction de M. J-Y KERBOURC'H, *La rémunération des cadres dirigeants de société*. Mémoire Master 2 Recherche Droit Social, Faculté de droit de NANTES

TAHTAH, Sabahe. *Les cadres et le droit du travail*. Droit. Université de Bordeaux, 2017. Français.

WEBOGRAPHIE

AFP. *Covid-19 : « interdire de licencier, je ne crois pas que nous en arrivions là », estime Édouard Philippe*. Liaisons sociales Quotidien - L'actualité, Nº 18024, Section Acteurs, débats, événements, 19 mars 2020

Cabinet d'avocats franco-italien Beny Boatti, Milan (https://www.benyboatti.com/fr/ressources-humaines/le-contrat-de-travail-avec-les-dirigenti-en-italie-cadres-dirigeants/) consulté le 15/04/2020

Convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 et délibérations prises pour son application (http://www.agirc.fr/fileadmin/agircarrco/documents/conventions_accords/CCN_14mars1947.pdf) 25/04/2020

Dictionnaire juridique en ligne Brocardi.it (https://www.brocardi.it/dizionario/2449.html), consulté le (25/06/2020)

Direction de l'information légale et administrative (Premier ministre), Indemnité de licenciement du salarié en CDI. www.service-public.fr, Vérifié le 25 juin 2020

Direction de l'information légale et administrative (Premier ministre), Mutuelle d'entreprise (complémentaire santé) : obligations de l'employeur, Vérifié le 11 mars 2020

Italia Oggi, Quotidiano economico, giuridico e politico. Sono 15,7 milioni i dipendenti nel settore privato, 3,3 milioni nel pubblico, 14/11/2019, consulté le 02/07/2020

NALLIAT, Reid, chef de rubrique, Cadre Dirigeant Magazine. *4,3 millions de cadres en France. Paris, 31 juillet 2018* (https://www.cadre-dirigeant-magazine.com/manager/cadre-france/), consulté le 02/07/2020

INTRODUCTION 1

i) Origine de la notion 1
ii) Naissance et définition du statut de cadre dirigeant 3
iii) Contentieux lié au statut de cadre dirigeant 4
iv Le cadre dirigeant italien 6
Quelques chiffres sur les cadres dirigeants en France et en Italie 7
v) L'histoire du cadre dirigeant en Italie 7
v) Brève comparaison des deux modèles 9

PREMIERE PARTIE : LES PARTICULARITES DU STATUT DE DU CADRE DIRIGEANT ET DU DIRIGENTE LORS DE LA FORMATION DU CONTRAT DE TRAVAIL 14

I) UN STATUT GARANTISSANT PLUS D'AVANTAGES FINANCIERS ET EN NATURE AU SALARIE 16
A) Les avantages pour le salarié liés au statut de cadre dirigeant 16
1) Une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés pratiqués dans l'entreprise ou établissement 16
a) une rémunération de base inégalement déterminée de part et d'autre des Alpes 17
b) Une rémunération complémentaire équivalente dans les deux pays 19
2) Une rémunération complétée par des avantages en nature 21
a) Des congés payés plus longs 21
b) Un préavis de licenciement plus long pour les *dirigenti* 22
B) des avantages liés au statut de cadre dirigeant pas toujours justifiés 23
1) Le principe de l'égalité de traitement entre les salariés 23
a) En France, un principe d'égalité strictement interprété 24
b) En Italie : une notion d'égalité souple 27
2) Des différences de traitement justifiées chez les cadres en général et des cadres dirigeants en particulier 30
II) UN STATUT IMPOSANT PLUS DE CONTRAINTES AU SALARIE 33
A) Les cadres dirigeants à la merci de contrats atypiques et de clauses contractuelles sévères ... 33
1) La formation possible de contrats atypiques 34
a) Le cadre dirigeant français et la formation de contrats atypiques 34
b) Des contrats à durée déterminée plus longs pour les *dirigenti* que pour les autres catégories de salariés 36
2) Les clauses contractuelles contraignantes attachées aux contrats des cadres dirigeants 39
a) La clause de non-concurrence fréquemment imposée aux cadres dirigeants français 39
b) L'exemple italien de la clause de mobilité 41
B) L'exécution du contrat de travail des cadres dirigeants : Le régime particulier de la durée du travail 42
1) Les cadres dirigeants et la durée du travail 42
a) Le cadre dirigeant échappant presque totalement aux règles protectrices du droit du travail ... 42
b) Une particularité française : le recours aux conventions de forfait 44
2) Les *dirigenti* et la durée du travail. 47
a) Les *dirigenti* échappant eux aussi aux règles protectrices du droit du travail 47
b) Une limite à ne pas dépasser, le droit à l'intégrité physique du *dirigente* 48

DEUXIEME PARTIE : LES PARTICULARITES LIEES A LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL DU CADRE DIRIGEANT ET DU *DIRIGENTE* 50

I – LA RUPTURE A L'INITIATIVE DU SALARIE EN FRANCE 51
A) La rupture conventionnelle 52
1) La procédure très encadrée de la rupture conventionnelle 52
2) Un exemple jurisprudentiel concernant un cadre dirigeant 54
B) La prise d'acte ou la rupture judiciaire 54
1) La prise d'acte comme alternative à la démission en cas de faute de l'employeur 55
2) La résiliation judiciaire 56
II) LA RUPTURE A L'INITIATIVE DE L'EMPLOYEUR 57

A) Le licenciement individuel des cadres dirigeants, très souple en Italie et source de contentieux en France 57
1) Le licenciement *ad nutum* du *dirigente* italien 58
a) L'importance du lien de confiance justifiant la rupture du contrat de travail 58
b) La revendication du statut de *dirigente* par les salariés italiens 62
2) La situation française : l'abondance du contentieux 71
a) Une définition légale floue laissée à l'appréciation stricte mais souveraine des juges du fond 72
b) Un filet de sécurité pour les cadres dirigeants : les *golden parachutes* 79
B) Le licenciement collectif 81
1) Les *dirigenti* autrefois exclus de la procédure de licenciement économique 81
a) La transposition de la directive par l'Italie excluant les *dirigenti* 82
b) L'Italie condamnée à modifier sa législation 83
2) Un point d'actualité : le chômage partiel des cadres dirigeants en période de Covid 84
a) Des mesures françaises partiellement protectrices des cadres dirigeants. 84
b) Des mesures italiennes peu protectrices pour les *dirigenti* 85

CONCLUSION 87

BIBLIOGRAPHIE 89

En France, la création du statut de cadre dirigeant remonte à la Loi Aubry II du 19 janvier 2000, sous l'impulsion du droit communautaire et de la jurisprudence de la Cour de cassation. La notion, très restrictive, concerne uniquement le premier cercle autour du chef d'entreprise. Une définition légale a ainsi été posée par l'article L. 3111-2 du Code du travail. Cet article dispose entre autres que les cadres dirigeants ne sont pas concernés par les dispositions protectrices du Code du travail français sur la durée du travail. Ils bénéficient en contrepartie de nombreux avantages, principalement financiers mais aussi en nature.

En cas de conflit avec leur employeur, les cadres dirigeants français n'hésitent à remettre en cause leur statut. Ils s'appuient ainsi sur une définition légale floue, que les juges doivent interpréter strictement, avec la liberté de s'affranchir des qualifications données par les parties. La qualité de cadre dirigeant est ainsi facilement écartée, avec à la clé des frais imprévus pour l'employeur, qui peuvent parfois se révéler particulièrement onéreux.

En Italie, en revanche, l'équivalent du statut de cadre dirigeant (*dirigente*) a des origines beaucoup plus anciennes. Il est mentionné par le code civil italien à l'article 2095 mais sa définition est confiée à des conventions collectives spécifiques aux cadres dirigeants, qui prévoient de manière précise quels sont les critères à réunir pour relever de cette catégorie. La jurisprudence admet qu'au sein d'une même entreprise, *a fortiori* si sa structure est complexe, plusieurs niveaux de *dirigenti* puissent cohabiter, les uns « coordonnant » les autres. La notion est ainsi beaucoup moins restrictive qu'en droit français.

À l'instar de leurs cousins français, ils ne sont pas non plus concernés par les règles sur la durée du travail. De plus, les *dirigenti* ne bénéficient pas, en principe, des règles protectrices sur le licenciement. Ils sont ainsi congédiés très facilement (*ad nutum* ou pour juste motif), mais perçoivent des indemnités conventionnelles de licenciement très intéressantes. Les contentieux sont ainsi rares, et lorsqu'ils existent, ce sont souvent des *non-dirigenti* qui revendiquent ce statut pour bénéficier des indemnités conventionnelles de licenciement très avantageuses des *dirigenti*.

Mots-clés :
Cadre dirigeant - France - Italie - Durée du travail - Contentieux - Licenciement